

«ت ٤٧٤ هـ» رحمه الله تعالى

تلميذ الإمام القدوري

موسوعة في الفقه المقارن تنشر لأول مرة

ومعه

تقريب الغريب شرح غريب الأحاديث الواقعة في شرح أبي نصر

للحافظ قاسم بن قطلوبغا الحنفي

تحقيق

محمد بن سيد بن عبد الفتاح درويش

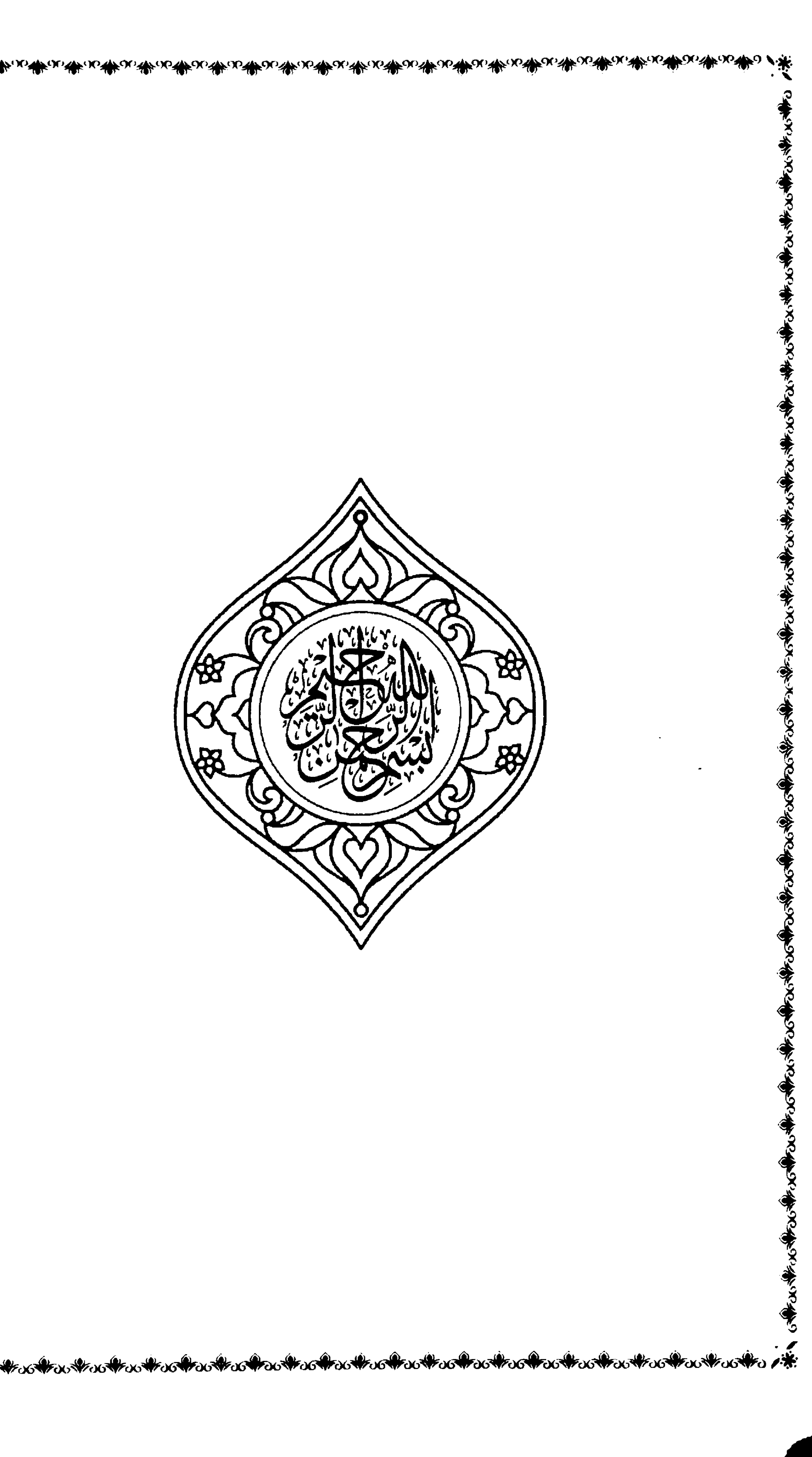
المجلد السادس

الجنايات - الديات - القسامة - المعاقل - الحدود - السرقة وقطع الطريق - الأشربة
الصيد والذبائح - الأضحية - الأيمان - الدعوى - الشهادات - الرجوع عن الشهادات - أدب القاضي

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

شرح مختصر القدوري

٦


بسم الله الرحمن الرحيم



دار المنهاج القويم

علم ينتفع به

الطبعة الأولى

١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

لصاحبها براء فاروق كريم

وفقه الله تعالى

الجمهورية العربية السورية

دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح

هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446

جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948

عضو في الاتحاد العام للناشرين العرب - عضو في اتحاد الناشرين السوريين

الرقم المعياري الدولي

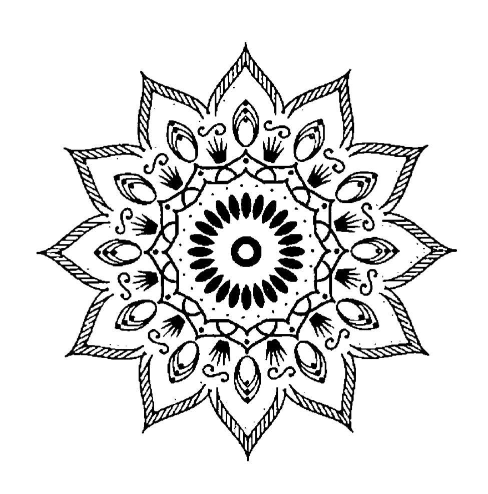
ISBN : 978-9933-609-77-1

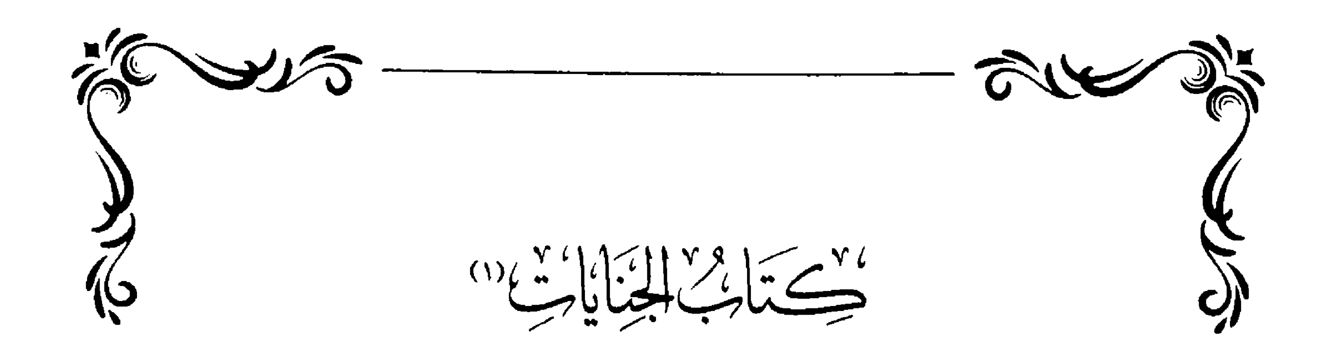


Email : darminhagkawem@hotmail.com

Email : darminhagkawem@gmail.com

كِتَابُ الجِنَايَاتِ





كِتَابُ الجِنَايَاتِ[1]

الجنايةُ عبارةٌ عن فعلٍ ما ليس للإنسانِ فعلُه، ولكنَّه بالشرعِ وبالعُرفِ اختُص كلُّ نوعٍ منها باسمٍ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القتلُ على خمسةِ أوجهٍ؛ عَمدٍ، وشِبهِ عمدٍ، وخطأٍ، وما أُجريَ مَجرى الخطأِ، والقتلِ بسببٍ.

فالعَمْدُ ما تَعمَّد ضَربَه بسلاحٍ، أو ما أُجريَ مَجرى السلاحِ في تفريقِ الأجزاءِ، كالمُحدَّدِ من الخشبِ، والحجرِ، والنَّارِ.

ولا خلافَ في هذه الجملةِ بين أصحابِنا[2].

قال: وموجبُ ذلك المأثمُ، والقَوَدُ[3]، إلَّا أن يعفوَ الأولياءُ.

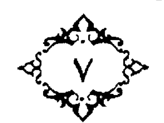
أما تعلُّقُ المأثمِ؛ فلقولِه تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ الآيةَ [النساء: ٩٣]. ولما رُويَ عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال:

---

(١) قال في حاشية (ر): «الجناية في اللغة: التعدي، وفي الشرع: عبارة عن فعل واقع في النفوس والأطراف، ويقال: الجناية ما يفعله الإنسان لغيره، أو بمال غيره على وجه التعدي، وبهم يعم الأنفس والأموال، إلا أن اسمها اختص بالأنفس في تعارف أهل الشرع، ولهذا سمّى الفقهاء التعدي في الأنفس جناية، والتعدي في الأموال غصبًا وإتلافًا».

(٢) ينظر: «أحكام القرآن» (٣/ ١٩٢)، و«المبسوط» (٢٦/ ٥٩)، و«الهداية» (٤/ ١٥٨)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٩٧)، و«العناية» (١٠/ ٢٠٣).

(٣) القَوَد، بفتحتين: القصاص. «المصباح المنير» (ق و د) (٢/ ٥١٨).



«إنَّ أعتَى الناسِ على اللَّهِ ثلاثةٌ؛ رجلٌ قَتَل غيرَ قاتلِه، ورجلٌ قتَل في الحَرمِ، ورجلٌ قتَل بِذَحْلِ[1] الجاهليةِ»[2].

ورُوي: أنَّ مُحَلِّمَ[3] بنَ جَثَّامةَ قتَل رجلًا بذَحْلِ الجاهليةِ، فقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهم لا ترحمْ مُحَلِّمًا». فدُفن فلفظَتْه الأرضُ، ثم دُفن فلفظَتْه، ثم دُفن فلفظَتْه، فقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّها لتتطابقُ[4] على مَن هو أعظمُ جُرمًا منه، ولكن أرادَ اللَّهُ تعالى أن يُبيِّنَ لكم حُرمةَ الدَّمِ»[5].

---

(١) ليس في (ق، ل)، وفي (أ٢): «بدجل»، وفي (ح، س، ش، ي): «بدخل»، وفي (ض٢): «بدخلة»، وفي (ر، م): «برجل».

وذَحْلُ الجاهلية: الثأر. قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٢): «الذَّحْلُ بفتح الذال المعجمة، وسكون الحاء المهملة، وآخره لام: الحقد والعداوة، والجمع أذحال وذحول». ينظر: «القاموس المحيط» (ذ ح ل)، و«تاج العروس» (١٧/ ١٩٥) (خ م ش).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٨٠٥٩)، وأحمد (٦٧٥٧) عن عبد اللَّه بن عمرو، إلا أنه قال: «أعدى». بدل: «أعتى». وقال: «بذحول». بدل: «بذخل». وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ١٧٨): «رواه أحمد، ورجاله ثقات».

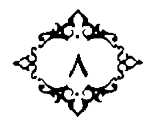
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٢): «أعتَى الناس بالعين المهملة، والمثناة من فوق: العتو التجبر والتكبر، وقد عتى يعو عتوًّا، فهو عات».

(٣) في (غ، م، ي): «محكم».

(٤) في (أ٢): «لتنطبق»، وفي (ض٢): «لتطبق»، وفي (ظ): «لتضايق»، وفي (ق، ل): «لتطابق»، وفي (ي): «تنطبق».

(٥) أخرجه بنحوه أبو داود (٤٥٠٣)، وابن ماجه (٢٦٢٥) من طريق زياد بن سعد بن ضميرة السلمي، عن أبيه وجده. قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٩٨): «زياد بن سعد هذا مجهول الحال، وأبوه لم تثبت له صحبة، ولا يعرف منها إلا ما قال ابنه». وينظر: «سيرة ابن هشام» (٦/ ٤٠).

=



وقد قال أصحابُنا: هذا معنًى محرمٌ بالعقلِ، وإنما ورد الشرعُ بتأكيدِ ما دل عليه العقلُ.

وأما تعلُّقُ القَوَدِ به؛ فلقولِه تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء:٣٣]. والسلطانُ في هذا الموضعِ هو القتلُ، بدليلِ قولِه تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء:٣٣]. وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العَمْدُ قَوَدٌ»[1]. يعني: حُكمُ العمدِ القَوَدُ. ولا خلافَ في هذه الجملةِ أيضًا.

واختلفوا في تعلُّقِ وجوبِ المالِ بالعمدِ، فقال أصحابُنا: موجبُ قتلِ العمدِ القَوَد، إلَّا أن يتراضَيا القاتلُ والأولياءُ بالعِوَضِ[2].

وقال الشافعيُّ في أحدِ قوليه: موجبُ القتلِ إما القَوَدُ، وإما الديةُ، والخيارُ في ذلك إلى الأولياءِ. وفي القولِ الآخرِ: موجِبُه القَوَدُ، إلَّا أنَّ للمولى أن ينقُلَه إلى الديةِ بغيرِ رضَا القاتلِ[3].

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٢): «لَفَظَتْه الأرض: أي دفعته إلى وجهها بعد الدفن، وأصل اللفظ الرمي».

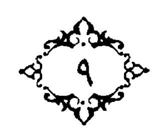
وقال: «الجُرْم بضم الجيم، وسكون الراء المهملة، وبعدها ميم: الذنْب بسكون النون».

(١) أخرجه الدارقطني (٣١٣٦) من طريق طاووس، عن ابن عباس. وصحَّح الدارقطني إرساله عن طاووس، في «العلل» مسألة (٢١٠٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٢): «القَوَد بفتح القاف والواو، وآخره دال مهملة: قتل القاتل».

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٥٤١)، و«المبسوط» (٢٦/ ٦٢)، و«شرح السير الكبير» (ص١٤٧١)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٠٣).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ١٠)، و«اللباب» (ص٣٥٣)، و«الحاوي» (١٢/ ٩٥)، و«نهاية المطلب» (١٦/ ١٣٧).



دليلنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العَمْدُ قَوَدٌ»(١). وهذا يقتضي أن يكونَ جميعُ الحكمِ المتعلِّقِ به هو القَوَدَ، ولأنَّ القودَ قد صار في حكمِ المِثْلِ في المتلَفاتِ، وإتلافُ ما له مِثْلٌ لا يتعلَّقُ به إلَّا المثلُ، كذلك هذا، أو لأنه أحدُ نوعَي القتلِ، فكان موجِبُه واحدًا كقتلِ الخطأِ.

وإذا ثَبَت أن موجِبَه القتلُ خاصةً، قلنا: إنَّ الوليَّ قادرٌ على استيفاءِ حقِّه من جنسِه بكمالِه، فلا يجوزُ أن يعدِلَ به إلى غيرِه، كالمِثلِ في المتلَفاتِ(٢).

فإن قيل: رُوي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في قصةِ خُزاعةَ: «ثم أنتم يا خُزاعةُ، قد قَتلتُم هذا القتيلَ من هُذيلٍ، وإنَّا واللَّهِ عاقِلوه، فمَن قتَل بعده قتيلًا فأهلُه بين خِيرَتينِ؛ إن أحبُّوا قَتَلوا، وإن أحبُّوا أخذوا الدِّيَةَ». ورُوي: «وإن أحبُّوا أخذوا العَقْلَ»(٣).

قيل له: قد رُوي في هذا الخبرِ: «وإن أحبُّوا فادَوْا»(٤). والمُفاداةُ لا تكونُ

---

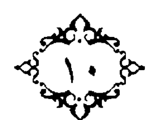
(١) تقدَّم.

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧١١).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٥٠٤)، والترمذي (١٤٠٦) من طريق ابن أبي ذئب، حدثني سعيد بن أبي سعيد، سمعت أبا شريح الكعبي. ولفظ «الدية» ورد عند الطبراني في «الكبير» (٢٢/ ١٨٦) (٤٨٦). ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٥١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٣): «العَقْل بفتح العين المهملة، وسكون القاف، وآخره لام: الدية، وبها تصان الدماء فتعقل، ومنه سميت العاقلة لالتزامهم ذلك، وهم أيضًا كانوا يعقلون، أي: يربطون إبل الدية على باب أولياء المقتول، وسيبين الشارح شيئًا من هذا».

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٣٤)، ومسلم (١٣٥٥/ ٤٤٧) من حديث أبي هريرة، بلفظ: «ومَن قُتِلَ =



إلَّا بالتراضي.

وإن[1] ثبت ما روَاه مِن قولِه: «أَخَذوا العَقْلَ». فلا دليلَ فيه أيضًا؛ لأنَّ العَقْلَ عبارةٌ عمَّا تؤديه العاقِلةُ، وذلك لا يكونُ في العَمدِ إلَّا على وجهِ التراضي، وإنما يجبُ المالُ عندهم على القاتلِ.

وإن كان لفظُ الخبرِ: «وإن أحبُّوا أخَذُوا الدِّيةَ». فحقيقةُ الدِّيَةِ ما يؤدَّى، وذلك لا يكونُ إلَّا فيما بذَلَه القاتلُ[2] وأدَّاه، فأما ما يُؤخذُ بغيرِ رضاه في العَمدِ فهو عندنا غَصْبٌ، ولا يُسمَّى ديةً.

وإنما قلنا: إنهما إذا تراضَيا على الديةِ جاز؛ فلقولِه تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. معناه: من بَذَل له أخوه شيئًا فليَقبَلْه؛ لأنَّ العفوَ عبارةٌ عن الفضلِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢١٩]. يعني: الفضلَ.

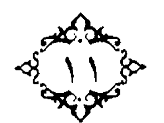
قال: ولا كفارةَ فيه[3].

له قَتِيلٌ فهو بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إمَّا أنْ يُفْدَى، وإمَّا أنْ يُقْتَلَ». قال الحافظ في «الفتح» (١/ ٢٠٦): «قوله: «وإما أن يقاد». هو بالقاف، أي: يقتص. ووقع في رواية لمسلم: «إما أن يفادى». بالفاء وزيادة ياء بعد الدال، والصواب أن الرواية على وجهين؛ من قالها بالقاف قال فيما قبلها: إما أن يعقل من العقل وهو الدية، ومن قالها بالفاء قال فيما قبلها إما أن يقتل بالقاف والمثناة، والحاصل تفسير النظرين بالقصاص أو الدية».

(١) في (ح): «ولئن»، وفي (س، ش، ض٢، ظ، ي): «فإن».

(٢) في (أ٢، ج، غ، م، ي): «العاقل».

(٣) ينظر: «الأصل» (٦/ ١٢٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٩٥)، و«التجريد» (١١/ ٥٨٠٧).



وقال الشافعيُّ: تجبُ به الكفَّارةُ[1].

لنا: أن اللَّهَ تعالى ذَكَر قتْلَ العَمدِ وحُكمَه، والخطأَ وحُكمَه، وبيَّن الكفارةَ في أحدِهما دونَ الآخرِ، فلو كانت واجبةً في العمدِ كوجوبِها في الخطأِ لبيَّنها، ولأنَّ العمدَ سببٌ للقتلِ فلا تتعلقُ به الكفارةُ، كزنا المحصَنِ.

ولم يذكرْ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تعلُّقَ حرمانِ الميراثِ بقتلِ العمدِ، وهو مِن أحكامِه؛ لقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ميراثَ لقاتلٍ»[2].

قال: وشِبهُ العمدِ عند أبي حنيفةَ: أن يتعمَّدَ الضربَ بما ليس بسلاحٍ، ولا ما أُجرِيَ مَجرَى السِّلاحِ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا ضرَبَه بحَجَرٍ عَظيمٍ، أو خَشَبةٍ عَظيمةٍ فهو عَمدٌ، وشِبْهُ العَمدِ أنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَه بما لا يَقتُلُ غالبًا[3].

وهو قولُ الشافعيِّ[4].

---

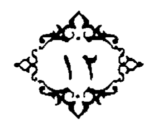
(١) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٦٢)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٢٤٤)، و«البيان» (١١/ ٦٢٢).

(٢) أخرجه الترمذي (٢١٠٩)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٣٥) من طريق إسحاق بن عبد اللَّه، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، بلفظ: «القاتل لا يرث». قال الترمذي: «هذا حديث لا يصح، ولا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد اللَّه بن أبي فروة قد تركه بعض أهل العلم منهم أحمد بن حنبل». وينظر: «التنبيه» لابن التركماني (٢١١٢)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٥١).

وأخرجه أحمد (٣٤٦)، وأبو داود (٤٥٦٤) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «أن رجلًا قتَل ابنَه عَمدًا، فرُفِعَ إلى عمر بنِ الخطابِ...». الحديث. ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٤٦).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ٦٤)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٠٠).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ١٥٨)، و«روضة الطالبين» (٩/ ١٧٨).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: ما رُوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «ألَا إنَّ قتيلَ خطأِ العمدِ، قتيلُ السَّوْطِ والعصا، فيه مئةٌ من الإبلِ»[1]. ولم يفصِّلْ بين العصا الكبيرةِ والصغيرةِ، ولأنَّه قتلٌ بما ليس بسلاحٍ، ولا ما أُجريَ مَجرى السلاحِ في تفريقِ الأجزاءِ، فلا يجبُ به القِصاصُ، كالعصا الصغيرةِ.

وجه قولهما: ما رُوي: «أنَّ يهوديًّا رضَخَ رأسَ جاريةٍ من الأنصارِ بين حَجَرين، فرضَخ رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأسَه»[2]. ولأنه قَصَد إلى الضربِ بآلةٍ يَقتُلُ مثلُها في الغالبِ فتعلَّق به القِصَاصُ، كالمحدَّدِ.

قال: وموجِبُ ذلك على القولين: المأثمُ، والكفارةُ.

أما تعلُّقُ المأثمِ به: فلأنَّه تَعمَّدَ الضربَ، وذلك يتعلَّق به المأثمُ، قَصَد القتلَ أو لم يَقصِدْ؛ لأنه ممنوعٌ منه.

وأما تعلُّقُ الكفارةِ به: فللإجماعِ، وهو أنَّ القاتلَ أحدُ قاتلين، أما مَن أوجَبَها في كلِّ قتلٍ، أو من أوجَبَها في الخطأِ وشِبهِ العمدِ، فوجوبُها في شبهِ العمدِ مجمعٌ عليه.

قال: ولا قَوَدَ فيه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٧)، والنسائي (٤٧٩١)، وفي «الكبرى» (٦٩٦٧)، وابن ماجه (٢٦٢٧) من طريق القاسم بن ربيعة عن ابن عمر. ينظر: «الأحكام الوسطى» (٤/ ٥٤)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٣١، ٣٥٦)، و«الدراية» (٢/ ٢٦١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤١٣)، ومسلم (١٦٧٢) عن أنس.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٣): «الرَّضْخ بالراء المهملة، والضاد المعجمة، والخاء المعجمة: الدق والكسر».



وذلك لأنَّ النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوجَبَ فيه الدِّيةَ خاصةً، فالظاهرُ أنَّها في جميعِ الحُكمِ المتعلِّق به، ولأنه لما ثبَت له حكمُ الخطأِ من وجهٍ، وحكمُ العمدِ من وجهٍ، صار ذلك شبهةً في سقوطِ القِصاصِ.

قال: وفيه الديةُ مغلظةٌ على العاقلةِ.

وذلك لما رُوي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «ألا إنَّ قتيلَ الخطأِ العمدِ قتيلُ السوطِ والعصا؛ فيه مئةٌ من الإبلِ، منها أربعون خَلِفَةً[1] في بطونِها أولادُها»[2].

وقد رُوِي تغليظُ الديةِ عن عليٍّ، وعمرَ، وابنِ مسعودٍ، وزيدٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ[3].

والكلامُ في كيفيةِ التغليظِ يجيءُ في موضعِه.

وأمَّا وجوبُها على العاقلةِ، فقد قال أصحابُنا: كلُّ ديةٍ تَعلَّق وجوبُها بالقتلِ فإنَّها على العاقلةِ، كديةِ الخطأِ، وكلُّ ديةٍ وجَبتْ بمعنًى حادثٍ فإنَّها في مالِ القاتلِ، كالذي يجبُ بالصلحِ[4].

وعلى هذا الأصلِ قال الشيخُ أبو الحسنِ: إنَّ مَن قَتل ابنَه عمدًا أنَّ موجبَ قتلِه القَوَدُ، ثم سقَط إلى الديةِ؛ لأنَّه لو أوجبَ الديةَ كانت على العاقلةِ[5].

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٣): «خَلِفة بفتح الخاء المعجمة، وكسر اللام، وبعدها فاء وتاء: الناقة الحامل». ينظر: «المصباح المنير» (خ ل ف) (١/ ١٧٨).
(٢) تقدَّم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٧٢٩٤)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٢/ ٩٧) عن مجاهد، عن عمر. وقال البيهقي: «منقطع».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٥).

(٥) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٥٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٧٧)، و«المبسوط» (٢٦/ ٩٠، ٩١).

والدليلُ على وجوبِ الديةِ على العاقلةِ: ما رُوي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَل على بطنٍ مِن الأنصارِ عُقُولَه»[1]. ولما رُويَ في حديثِ المغيرةِ، قال: «كنتُ بينَ جاريتينِ لي، فضرَبَتْ إحداهما الأخرى بمسطَحِ خيمةٍ، فقتَلَتْها وألقَتْ جنينًا ميتًا، فقضى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عاقلةِ الضاربةِ بالغُرَّةِ، فقام عديُّ بنُ مالكٍ فقال: كيف نَدِي من لا أَكَل ولا شَرِب، ولا صاح فاستهَلَّ، ومِثلُ ذلك يُطَلُّ؟»[2].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨١٥١) من طريق ابن أبي ليلى عن الشعبي، قال: «جعل رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَقْلَ قريشٍ على قريشٍ، وعقْلَ الأنصارِ على الأنصارِ».

وقوله: «جَعَل... عقوله»: أي: كتب عليهم ما تغرمه العاقلة من الديات، فبيَّن ما على كل قوم منها.

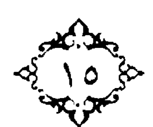
وأخرج ابن أبي شيبة (٢٨١٥٠)، وأحمد (٢٤٤٤) من طريق حجاج، عن الحكم، عن مقسم، عن ابن عباس، قال: «كتب رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتابًا بين المهاجرين والأنصار: أن يعقلوا معاقلهم، وأن يفدوا عانيهم بالمعروف، والإصلاح بين المسلمين».

وأخرج أحمد (٢٤٤٣) من طريق حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مثله. قال ابن حزم في «المحلى» (١١/ ٢٥٩): «فالأول: منقطع، وفيه ابن أبي ليلى، وهو سيِّئ الحفظ. والثاني: فيه حجاج بن أرطأة، وهو ساقط، وفيه مقسم، وهو ضعيف».

(٢) أخرجه البخاري (٦٩١٠)، ومسلم (١٦٨٢/ ٣٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٣): «مِسْطَح بكسر الميم، وسكون السين المهملة، وفتح الطاء المهملة، وبعدها حاء مهملة: قال ابن الأثير: عود من أعواد الخباء. وقال في المغرب: عمود الفسطاط. وفي حديث المغيرة: فضربت إحداهما الأخرى بعمود مسطح. إن صح، فالإضافة للبيان». ينظر: «النهاية» (٢/ ٣٦٥)، و«المغرب» (١/ ٣٩٥).

وقال في (ص ٢٣٤): «الجنين: الحمل في بطن أمه، من الاجتنان، وهو الستر، سمي به لاستتاره في بطن أمه». =



وهذا يدلُّ على أنَّ القضاءَ وقَع على العاقلةِ وهذا نصٌّ، وقد رُوي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضَى بالدِّيةِ على العاقلةِ»، بحضرةِ الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ[1].

ويتعلَّقُ به أيضًا حرمانُ الميراثِ، وذلك لأنَّه تعمَّد الضربَ، فلا يؤمَنُ أن يكونَ قَصَد القتلَ.

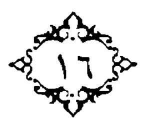
قال: والخطأ على ضَربين؛ خطأٌ في القصدِ، وهو أن يرميَ شخصًا يظنُّه صيدًا فإذا هو آدميٌّ، وخطأٌ في الفعلِ، وهو أن يرميَ غَرَضًا فيصيبُ آدميًّا، وموجبُ ذلك الكفارةُ، والديةُ على العاقلةِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء:٢٩]. وأما كونُ الديةِ على العاقلةِ فلِما قدمناه.

وقال في (ص ٢٣٤): «الغُرَّة بضم الغين المعجمة، وفتح الراء المهملة مشددة، وبعدها تاء: العبد نفسه، أو الأمة نفسها، وأصل الغرة: البياض الذي يكون في وجه الفرس. وقيل: الغرة أنفس شيء يملكه الإنسان. وكأنه يكون هنا كذلك، لأن الإنسان من أحسن الصور. وقيل: الخيار دون الرذال. قال في المغرب: جعل في الجنين غرة عبدًا أو أمة، أي رقيقًا أو مملوكًا، ثم أبدل عبدًا أو أمة. وقيل: أطلق اسم الغرة وهي الوجه على الجملة، كما يقال: رقة ورأس مكانه. قيل: وجعل به نسمة عبدًا أو أمة. وعن أبي عمرو بن العلاء: لولا أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أراد بالغرة معنىً، لقال: في الجنين عبد أو أمة. ولكنه عنى البياض، فلا يقبل في دية الجنين إلا غلام أبيض، أو أمة بيضاء. قال ابن الأثير: وليس شرطًا عند الفقهاء». ينظر: «النهاية» (٣/ ٣٥٣)، و«المغرب» (٢/ ١٠٠).

وقال في (ص ٢٣٤): «يُطَلّ على البناء للمفعول، بالطاء المهملة، واللام: أي يهدر، يقال: طُلَّ دمه بالبناء للمفعول، أي: هدر وبطل قوده، فلا يطلب».

(١) في حاشية (ح) منسوبًا لنسخة: «خلاف».



قال: ولا مأثَم فيه.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِع عن أمتي الخطأُ، والنسيانُ، وما استكرِهوا عليه»[1].

ويُحرَمُ الميراثَ أيضًا؛ لعمومِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ميراثَ لقاتلٍ». ولأنه لا يؤمَنُ أن يكونَ قَصَد القتلَ في الباطنِ وأظهر الخطأَ؛ فحُرِم الميراثَ لذلك.

قال: وما أُجريَ مَجرى الخطأِ، مثلُ النائمِ ينقلبُ على رجلٍ فيقتُلُه.

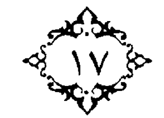
وذلك لأنَّ النائمَ لا قَصْدَ له، فلا يُوصَفُ فعلُه بعَمْدٍ ولا خطأٍ، إلا أنَّه أُجري مَجرَى الخطأِ؛ لأنَّ المقتولَ مات بفعلِه.

قال: وحُكمُه حُكمُ الخطأِ.

وذلك لأنَّا أجريناه مَجرَى الخطأِ فتعلَّق به أحكامُ الخطأِ، من وجوبِ الكفارةِ والديةِ على العاقلةِ وحرمانِ الميراثِ؛ لأنَّه لا يؤمَنُ أن يكونَ تعمَّد في الباطنِ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥)، والعقيلي (٤/ ١٤٥)، والطبراني في «الأوسط» (٨٢٧٣)، وابن عدي (٢/ ٣٤٦)، والبيهقي (٧/ ٣٥٦، ٣٥٧) من طريق الوليد بن مسلم، عن الأوزاعي، عن عطاء، عن ابن عباس مرفوعًا، بلفظ: «إنَّ اللَّهَ وضَع عن أُمَّتِي الخطأَ والنِّسيانَ وما استكرِهُوا عليه». قال الطبراني: «لم يرو حديث الأوزاعي، عن عطاء، عن ابن عباس إلا الوليد بن مسلم». وقال البيهقي: «وجود إسناده بشر بن بكر، وهو من الثقات». يعني: ما أخرجه ورواه ابن حبان (٧٢١٩)، والطبراني في «الصغير» (٧٦٥)، والبيهقي (٧/ ٣٥٦) من طريق الربيع بن سليمان، عن بشر بن بكرٍ، عن الأوزاعي، عن عطاء بن أبي رباح، عن عبيد بن عمير، عن ابن عباس، مرفوعًا. قال الطبراني: «لم يروه عن الأوزاعي إلا بشر، تفرَّد به الربيع بن سليمان». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٢٩٦)، و«التنبيه» لابن التركماني- بتحقيقي (٣١٧).



قال: وأمَّا القتلُ بسببٍ، كحافرِ البئرِ، وواضعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلكِه.

وذلك لأنَّ القتلَ هو إيقاعُ الفعلِ في المقتولِ أو فيما اتصل به ولم يوجَدْ ذلك، فلا يوصفُ بقتلِ عمدٍ ولا خطأٍ؛ فلهذا أُضِيفَ إلى السببِ.

قال: وموضعُه، إذا تَلِف بِه آدميٌّ، الديةُ على العاقلةِ.

وذلك لأنه تعدى فيما فعلَه فجاز أن يَلزمَه الضمانُ، وقد قال أصحابُنا: لا مأثَمَ عليه بالموتِ، وعليه المأثمُ بالحَفْرِ؛ لأنَّ المأثَمَ يجبُ على فعلِ ما مُنع من فِعلِه، وهذا موجودٌ في الحَفْرِ دونَ الموتِ[1].

قال: والقِصاصُ واجبٌ بقتلِ كلِّ محقونِ الدمِ على التأبيدِ إذا قُتِل عمدًا، فيُقتَلُ الحرُّ بالحرِّ، والحرُّ بالعبدِ، والمسلمُ بالذميِّ، ولا يُقتَلُ بالمستأمَنِ.

وقد دلّ على هذه الجملةِ قولُه تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء:٣٣]، وقال تعالى: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة:٤٥]. وهو عامٌّ، وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ﴾ [البقرة:١٧٨].

واختلفوا في قتلِ الحرِّ بالعبدِ، فقال أصحابُنا: يُقتَلُ به[2].

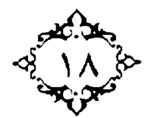
وقال الشافعيُّ: لا يُقتَلُ به[3].

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٧/ ١٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٧٤).

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ١٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٧).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٦)، و«الحاوي» (١٢/ ١٧).



لنا: قولُه تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء:٣٣]. وهو عام، ولأن المماثلةَ لا تُعتَبَرُ في الأنفسِ، بدليلِ أنه يُقتَلُ البصيرُ بالأعمى والصحيحُ بالأشَلِّ، وإنما المعتبرُ المماثلةُ في حقنِ الدمِ، والعبدُ والحرُّ متساويان في حقنِ الدمِ على التأبيدِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وهذا التخصيصُ يَقتَضِي ألَّا يجوزَ قتلُ الحرِّ بالعبدِ.

قيل له: الآيةُ تدلُّ على ثبوتِ القِصاصِ بين الحُرَّينِ، وبين العبدينِ، فلا تنفي ما سوى ذلك، وفائدةُ التخصيصِ أن الآيةَ نزلتْ على سببٍ، وهو: «أنَّ بني النضيرِ كانوا أشرفَ من بني قريظةَ وأغنى، فتصالحوا على أن يُقتَلَ بالعبدِ من بني النضيرِ الحرُّ من بني قريظةَ، ويُقتَلَ بالحرِّ من بني قريظةَ العبدُ من بني النضيرِ، فأنزَلَ اللَّهُ تعالى ما أبطَلَ هذا الصلحَ»(١)، يبيِّنُ ذلك أنه قال: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة:١٧٨]. ولم يمنَعْ ذلك من ثبوتِ القِصاصِ بين الذكرِ والأنثى، كذلك هذا.

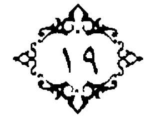
فأما قتلُ المسلمِ بالذميِّ، **فقال أصحابنا**: يجبُ القِصاصُ على المسلمِ بقتلِ الذميِّ الذي يؤدِّي الجزيةَ، ويجري عليه حكمُ الإسلامِ(٢).

وقال الشافعيُّ: لا يجبُ(٣).

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٩٤)، والنسائي (٤٧٣٢)، والحاكم (٤/ ٣٦٦) عن ابن عباس. وصحح إسناده الحاكم.

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٨٨)، «المبسوط» (٢٦/ ١٣٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٢/ ١١)، «روضة الطالبين» (٩/ ١٥٠).



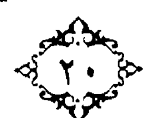
لنا: ما رُوِيَ: أنَّ النبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقاد مسلمًا بذمِّيٍّ، وقال: «أنا أحقُّ مَن وفَّى بذمتِه»[1].

ورُوِيَ: «أنَّ مسلمًا قتَل ذميًّا فقضى عليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فيه بالقِصاصِ، ثم لَقِيَ الوليَّ فقال: ما صنَعْتَ؟ فقال: إني رأيتُ أنَّ قَتْلَه لا يَرُدُّ أخي، وبذَلوا المالَ. فقال: لعلَّهم خَوَّفوك، إنما أعطيناكم الأمانَ؛ ليكونَ دماؤكم كدمائنا، وأموالُكم كأموالِنا»[2]. وعن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مثلَه[3].

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ٢٠٧)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٩٥) من طريق ابن وهب، حدثني سليمان بن بلال، حدثني ربيعة، عن عبد الرحمن بن البيلماني مرسلًا. ووصله الدارقطني (٣٢٥٩) من طريق إبراهيم بن محمد الأسلمي، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن ابن البيلماني، عن ابن عمر به. وقال: «لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة، عن ابن البيلماني مرسل عن النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حُجَّة إذا وصل الحديث فكيف بما يرسله».
وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ٢٠٨) من طريق ابن وهب، أخبرني عبد اللَّه بن يعقوب، ثنا عبد اللَّه بن عبد العزيز الحضرمي. ينظر: «الثقات» (٥/ ٩١)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٤٦٤)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٣٦).
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٥): «الذِّمة والذِّمام بكسر الذال المعجمة: بمعنى العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم. قاله في المغرب. ويفسر أيضًا بالأمان، والضمان، والحرمة، والحق». ينظر: «المغرب» (١/ ٣٠٧).

(٢) أخرجه الشافعي (ص ٣٤٤)، والدارقطني (٣٢٩٦)، والبيهقي (٨/ ٣٤) عن أبي الجنوب عن علي. قال الدارقطني: «وأبو الجنوب ضعيف».

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٧١٦)، والبيهقي (٨/ ٣٢) عن إبراهيم النخعي، عن عمر. قال ابن حزم: «مرسل».
وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٠٤١)، والطحاوي في «شرح المعاني»: (٣/ ١٩٦) عن النزال =



ولأنَّ مَن جاز استيفاءُ القِصاصِ منه بقتلِ الكافرِ، جاز إيجابُ القِصاصِ عليه ابتداءً بقتلِ الكافرِ، أصلُه الكافرُ.

فإن قيل: رُوِيَ عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «لا يُقتَلُ مؤمنٌ بكافرٍ، ولا ذو عَهْدٍ في عَهْدِه»(١).

قيل له: حرفُ العطفِ إذا عطَف مفردًا على مفردٍ فهو بمنزلةِ حرفِ التثنيةِ، الدليلُ عليه قولُ الشاعرِ:

كَأَنَّ بَيْنَ فكِّها والفَكِّ(٢) ... ...

ابن سبرة. وصححه ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٢١- ٢٢٣).

(١) أخرجه أخرج البخاري (١١١) عن أبي جحيفة، عن علي مرفوعًا شطره وهو قوله: «لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بكافرٍ».

وأخرجه أبو داود (٤٥٣٠)، والنسائي (٤٧٣٤)، وفي «الكبرى» (٦٩١٠) عن قيس بن عباد، عن علي به.

وأخرجه أبو داود (٢٧٥١)، والترمذي (١٤١٣)، وابن ماجه (٢٦٥٩) عن عبد اللَّه بن عمرو. وحسنه ابن عبد الهادي. ينظر «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٤٦٠).

(٢) صدر بيت من الرجز ينسب لمنصور بن مرثد، وينسب أيضًا إلى رؤبة، وعجزه:

... ... فَأْرَةَ مِسْكٍ ذُبِحَتْ في دُسُكِّ

والفَكُّ: الحنك. والمِسْك: ضرب من الطيب، وكذلك السُّكُّ، والفأرة (هنا): الوعاء الذي يجتمع فيه المسك. وذبِحَتْ (هنا): فُتِقَتْ، أو شُقَّتْ. والمعنى: وصف امرأة بطيب الفم، فريح المسك يخرج من فيها.

والشاهد فيه قوله: «بَيْنَ فكّها والفَكِّ». أن الضرورة ألجأت الشاعر إلى عطف الفك على فكها، وكان المراد أن يقول: بين فكيها. فلم يتمكن للوزن. ينظر: «شرح المفصل» لابن يعيش (٣/ ١٨٥)، و«شرح التسهيل» لابن مالك (١/ ٦٨)، و«خزانة الأدب» (٧/ ٤٦٢)، و«لسان العرب» (١٠/ ٤٣٦) (ز ك ك).



أي: كأنَّ بين فكَّيْها. فعلى هذا تقديرُه: لا يُقتل مؤمنٌ، ولا ذو عهدٍ في عهدِه بكافرٍ.

وأكثرُ ما فيه أنه فصل بين ما أُسند إليه الفعلُ، وما عُطف عليه الفعلُ، وهذا سائغٌ في العربيةِ، كقولِه تعالى: ﴿ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيۡهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۚ﴾ [البقرة: ٢٨٥]. ومثلُه كثيرٌ.

وإذا كان كذلك، قلنا: الكافرُ الذي لا يُقتلُ به المعاهدُ هو من لا عَهدَ له، وذلك لا يُقتلُ به المسلمُ عندنا.

فإن قيل: منقوصٌ بالكفرِ، فإذا قتَله مسلمٌ لم يجبْ عليه القَوَدُ، كالمستأمَنِ.

قيل له: المستأمَنُ غيرُ محقونِ الدمِ على التأبيدِ، والذمِّيُّ محقونُ الدمِ على التأبيدِ؛ بدليلِ أنَّه لا يَحِلُّ دمُه إلَّا بمعنًى يوجَدُ من جهتِه، كما لا يُباحُ دمُ المسلمِ إلا بحدوثِ معنًى منه؛ فلذلك اختلفا.

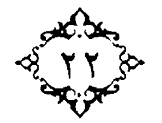
قال: ولا يُقتَلُ بالمستأمَنِ.

وذلك لأنَّه غيرُ محقونِ الدمِ على التأبيدِ، وإنَّما حَقْنُ دمِه مؤقتٌ، ألا ترى أنَّ المدةَ إذا مضتْ أخرجناه من دارِنا؟ ولا نمكِّنُه من المُقامِ، فإذا وصل إلى مأمَنِه صار مباحَ الدمِ، والمسلمُ محقونُ الدمِ على التأبيدِ، والمعتبرُ في وجوبِ القِصاصِ التساوي في حقنِ الدمِ، ولم يوجَدْ.

قال: ويُقتَلُ الرجلُ بالمرأةِ، والصغيرُ بالكبيرِ، والصحيحُ بالأعمى والزَّمِنِ[1].

---

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٣٩٩)، و«التجريد» (١١/ ٥٥٤٦)، و«الهداية» (٤/ ١٦٠)، و«الاختيار» (٥/ ٢٧).



وذلك لقولِه تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]. وهذا إجماعٌ، إلا ما رُوي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه قال في الرجلِ إذا قَتَل المرأةَ: إنَّ أولياءَها بالخيارِ؛ إن شاؤُوا أخَذُوا ديتَها، وإن شاؤُوا أعطوا القاتلَ نصفَ ديتِه وقتَلُوه»[1].

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ الفعلَ الواحدَ لا يتعلَّقُ به قِصاصٌ وغرمٌ في النفسِ الواحدةِ، ولأنَّ اختلافَهما كاختلافِ الأعمى والبصيرِ، والصحيحِ والزَّمِنِ، وذلك لا يَمنعُ القِصاصَ بالاتفاقِ، كذلك هذا.

قال: ولا يُقتَلُ الرجلُ بابنِه، ولا بِعَبدِه، ولا مُكاتَبِه، ولا مُدبَّرِه، ولا بِعَبدِ ولدِه.

إنما لا يُقتلُ بابنِه؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُقادُ والدٌ بولدِه»[2]. ولأنَّه في حكمِ الجزءِ منه، [3]ولا يثبت على الإنسانِ قِصاصٌ بإتلافِ أجزائِه، ويُقتَلُ الابنُ بأبيه؛ لأنه لم يُجعَلْ في حكمِ الجزءِ منه[3]، فصار كالأجنبيِّ.

---

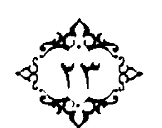
(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٠٥٤).

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢) عن عمر بن الخطاب. وفيه حجاج بن أرطأة قال عنه يحيى بن معين: «صدوق، ليس بالقوي، يدلِّس عن محمد بن عبيد اللَّه العرزمي، عن عمرو بن شعيب». وقال ابن المبارك: «كان الحجاج يدلِّس، فكان يحدثنا بالحديث عن عمرو بن شعيب مما يحدثه العرزمي، والعرزمي متروك لا نقرُّ به». ينظر: «التاريخ الكبير» للبخاري (٢/ ٣٧٨)، و«الجرح والتعديل» (٣/ ١٥٦).

وأخرجه من طريق آخر الدارقطني (٣٢٧٤)، والبيهقي (٨/ ٣٨)، وفي «معرفة السنن» (١٥٧٨٩) عن عمر بن الخطاب. وقال البيهقي: «هذا إسناد صحيح». وقال ابن الملقن في: «البدر المنير» (٨/ ٣٧٧): «وهذه الطريق هي العمدة».

وقد رُوي من حديث ابن عباس، ومن حديث سراقة بن مالك، ومن حديث عبد اللَّه بن عمرو ابن العاص. وهي لا تخلو من مقال. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٣٩).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ق).



وإنَّما لا يجبُ القِصاصُ عليه بقتلِ عبدِه؛ لأنه لو ثبَت لثبَتَ للمولى؛ لأنه هو المُستَحِقُّ لحقوقِ عبدِه، والمولى لا يجوزُ أن يَثبتَ له قِصاصٌ على نفسِه، ولأنَّه مالُه ومن أتلَف مالَ نفسِه لم يَلْزَمْه الضمانُ، وإذا خرَج الدمُ من أن يكونَ مضمونًا لم يجبْ فيه القِصاصُ.

وأما المُدبَّرُ والمُكاتَبُ: فمِلكُه فيه باقٍ، فهو كالعبدِ.

وأما عبدُ ولدِه: فلأنَّ مالَ ولدِه جُعِل بمنزلةِ مالِه، فصار شبهةً في سقوطِ القِصاصِ عنه.

قال: ومَن ورِث قِصاصًا على أبيه سقَط.

وذلك لما بيَّنَّاه أنه في حكمِ الجزءِ منه، فكأنَّ القِصاصَ ثبَت للأبِ على نفسِه فسقَط.

قال: ولا يُستوفَى القِصاصُ إلَّا بالسيفِ[1].

وقال الشافعيُّ: يُفعلُ به مثلُ ما فعَل، فإن مات وإلا قُتل[2].

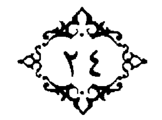
لنا: ما رُوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «لا قَوَد إلا بالسيفِ»[3]. ولأنه

---

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٧٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٨٥)، و«التجريد» (١١/ ٥٦١٦).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٧، ٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٤٧)، و«الحاوي» (١٢/ ١٣٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٦٦٨)، والبزار (٣٦٦٣) من طريق الحر بن مالك العنبري، ثنا مبارك ابن فضالة، عن الحسن، عن أبي بكرة. قال ابن أبي حاتم في «العلل» مسألة (١٣٨٨): «هذا حديث منكر». وقال البزار: «لا نعلم أحدًا أسنده بأحسن من هذا الإسناد عن رسول اللَّه، ولا نعلم أحدًا قال عن أبي بكرةَ إلا الحر بن مالك، ولم يكن به بأس، وأحسبه أخطأ في هذا الحديث؛ لأن الناس يروونه عن الحسن مرسلًا». =



قِصاصٌ فلا يُستوفَى إلا بالسيفِ أصلُه إذا قُتِلَ بالسيفِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾[البقرة: ١٧٨]. والقِصاصُ هو المماثَلةُ.

قيل له: المماثَلةُ تُعتبرُ في المتلَفِ لا في الآلةِ، وهم يَعتبِرون في الآلةِ وذلك لا يصحُّ، ولأنَّ ما يَقولُونَه يؤدي إلى إيجابِ أكثر من المِثْلِ؛ لأنَّهم يقولون: إذا ضرَبَه بخشبةٍ فمات ضُرِب بها، فإن مات وإلا قُتِلَ، وهذا زيادةٌ على ما فعَل.

قال: وإذا قُتل المُكاتَبُ عَمدًا، وليس له وارِثٌ إلا المولَى[1] فله القِصاصُ.

يعني: إذا لم يَتركْ وفاءً[2]؛ وذلك لأنَّ الولايةَ في حالِ الجراحةِ للمولى، وهو المستحِقُّ للقِصاصِ في حالِ الموتِ؛ لأنَّ الكتابةَ قد انفسخَتْ بالعجزِ، ومَن ثبَت له الحقُّ في الطرفين فله القِصاصُ، أصلُه وارثُ الحُرِّ.

وقد قالوا: في العبدِ المعتَقِ بعضه إذا قُتِلَ فلا قِصاصَ للمولى.

والفرقِ بينهما: أنَّ الكتابةَ تنفسِخُ بعجْزِه فتعودُ إلى ما كان من الرقِّ فيكونُ القِصاصُ للمولى، والمعتقُ بعضُه لا يَبطُلُ مالُه من الحريةِ بعجزِه عن السعايةِ فلا يعودُ إلى حالِ الرقِّ.

والحديث أخرجه أحمد في «العلل» (٩٧٩)، والدارقطني (٣١٧٥) من طريق موسى بن داود، عن مبارك، عن الحسن مرسلًا. ينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ١٨٤)، و«التنبيه» لابن التركماني (٢١٣١)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٤١).

(١) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «وتَرَكَ وَفَاءً».

(٢) قال في حاشية (ح): «اشتراط عدم الوارث مع ترك الوفاء لا فائدة له، فإنه إذا لم يترك وفاء فالقصاص حق للمولى سواء كان للمكاتب وارث غير المولى أم لم يكن».



قال: وإن تَرَكَ وَفاءً ووارثُه غيرُ المولى فلا قِصاصَ لهم، وإن اجتَمَعُوا مع المولى.

وذلك لأنَّ الحقَّ ثبَتَ للمولى بالجراحةِ (١لبقاءِ رقِّه١) فيه، وثبَتَ للوارثِ عند الموتِ، والمعتبرُ في ثبوتِ القِصاصِ ثبوتُ حقِّ المقتصِّ في الطرفين، فصار هذا بمنزلةِ من جَرَح عبدَه فباعَه ثم مات في يدِ المشترِي، لم يكنْ لواحدٍ منهما القِصاصُ لما ذكرناه، كذلك هذا.

وأما إذا ترَك وفاءً ووارثُه المولى، فذكَر في «**الجامعِ الصغيرِ**»: أنَّ للمولى القِصاصَ عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، ولا قِصاصَ له عند محمدٍ، وزُفرَ.

وقد رُوي أيضًا عن أبي يوسفَ: أنَّه لا قِصاصَ له[٢].

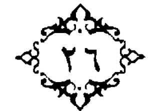
وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ المولى له حقٌّ عند الجراحةِ؛ لأنَّه على حكمِ ملكِه، وهو المستحقُّ أيضًا عند الموتِ، فلمَّا تعلَّق حقُّه بالطرفين ثبَت له القِصاصُ كوارثِ الحرِّ.

ووجه قولِهما: أنَّ حقَّ المولى يَثبُتُ حالَ الجرحِ بحكمِ الملكِ، وبعد الموتِ بحكمِ الميراثِ، فصار اختلافُ جهةِ الحقِّ كاختلافِ المستحقِّ، فلا يَثبُتُ القِصاصُ.

قال: وإذا قُتِل عبدُ الرهنِ لم يجِبِ القِصاصُ حتَّى يَجتَمِعَ الرَّاهِنُ والمُرتَهِنُ.

(١-١) في (ل): «ليفارقه».

(٢) «الجامع الصغير» لمحمد بن الحسن. وينظر: «النافع الكبير شرح الجامع الصغير» (١/ ٥٠٦).



وذلك لأنَّ المُرتَهِنَ ليس له القِصاصُ؛ لأنه غيرُ مالكٍ للعبدِ، وأمَّا الراهنُ ففي استيفائِه القِصاصَ إسقاطُ حقِّ المرتهنِ من الدَّيْنِ فللمرتهنِ منعُه، فإذا اجتَمعا ورضِيا فقد أسقَط المرتهنُ حقَّه فصار كعبدٍ غيرِ مرهونٍ فيستَوفِي المولى القِصاصَ.

قال: ومن جَرَح رجلًا عَمدًا فلم يزَلْ صاحبَ فِراشٍ حتَّى ماتَ، فعليه القِصاصُ.

وذلك لما رُوي: أنَّ رجلًا جَرَح حسانَ بنَ ثابتٍ في فخذِه بقَرْنٍ، فطَلَبَتِ الأنصارُ القِصاصَ، فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «استأْنُوا بصاحِبكم، فإنْ ماتَ فاقتُلُوه، وإنْ بَرَأ فشَأنُكم»[1]. ولأنَّ المقتولَ في الغالبِ لا يموتُ عَقِيبَ الجرحِ، إلَّا أنه لما كان الجرحُ سببًا يتعلَّقُ به الموتُ، ولم يوجَدْ ما يُبطِلُ حكمَه في الظاهرِ، صار كأنَّ الموتَ حصَل عَقِيبَه، كذلك في مسألتِنا.

قال: ومَن قطَع يدَ غيرِه عَمْدًا من المِفْصَلِ قُطِعتْ يدُه.

---

(١) أخرجه ابن عبد البر في «الاستذكار» (٨/ ٦٠) معلقًا من طريق الثوري، عن عيسى بن المغيرة، عن يزيد بن وهب: «أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى طريف بن ربيعة، وكان قاضيًا بالشام: إن صفوان بن المعطل ضرب حسان بن ثابت بالسيف، فجاءت الأنصار إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالوا: القود. فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تنتظرون فإن يبرأ صاحبكم تقصوا، وإن يمت نُقدكم بعد في حسان ... الحديث».

وأخرجه بنحوه الدارقطني (٣١١٤)، والبيهقي (٨/ ٦٧) من طريق محمد بن حمران، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ينظر: «تنقيح التحقيق» (٤/ ٤٩٢).

واستأنوا بصاحبكم: أي: انتظروا وتربَّصوا. قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٥): «استأنوا: بصيغة الأمر، استفعال من التأني، وهو البُطء وعدم العجلة». ينظر «النهاية» (١/ ٧٨).



والأصلُ في ثبوتِ القِصاصِ فيما دون النفسِ قولُه تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾، إلى قولِه تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:٤٥]. فاقتضتِ الآيةُ ثبوتَ القِصاصِ فيما دون النفسِ، وأن يؤخذَ كلُّ شيءٍ بمثلِه.

والدليلُ على اعتبارِ المماثلةِ أيضًا إجماعُ المسلمين أنَّه لا تُقطعُ الصحيحةُ بالشلَّاءِ، ولأنَّ القِصاصَ فيما دون النفسِ أُجريَ مجرى الأموالِ؛ بدليلِ أنه يُوجَدُ عَمْدًا محضًا لا شبهةَ فيه ولا يَثبُتُ فيه القِصاصُ، كمَن قطع يدَ رجلٍ من نصفِ الساعدِ، وإذا أُجريَ مجرى الأموالِ اعتُبر فيه المماثلةُ.

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا قطَع يدَه من المفصلِ وجَب القِصاصُ؛ لأنه يُمكنُ فيه المماثلةُ، وهو القطعُ من مفصلِ القاطعِ فلَزِمَ.

قال: وكذلك الرِّجْلُ، ومارنُ الأنفِ[1]، والأُذُنُ.

وذلك لأنه يمكنُ المماثلةُ في جميعِ ذلك، فوجب به القِصاصُ.

قال: ومن ضرَب عينَ رجلٍ فقلَعها، فلا قِصاصَ.

وذلك لأنَّ المماثلةَ قد تعذَّرتْ، ألا ترى أنَّا لا يمكننا أن نَقلَعَ القَدْرَ الذي قُلِع، وإن اقتصرنا على إذهابِ ضوئِها فلم نفعَلْ ما فعَلَه الجاني، فصار هذا كقَطْعِ اليدِ من نصفِ الساعدِ، فسقَط القِصاصُ لتعذُّرِ المماثلةِ.

قال: وإن كانتْ قائمةً، وذَهَب ضوءُها، فعليه القِصاصُ: يَحمي له المِرْآةَ، ويُجعَلُ على وجهِه قُطنًا رَطْبًا، ويقابلُ عينيه بالمِرْآةِ.

---

(١) المارن ما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه والجمع موارن. «المصباح المنير» (م ر ن) (٢/ ٥٦٩).



وذلك لأنَّ المماثلةَ تمكنُ في هذا الموضعِ على الوجهِ الذي ذكَره، وهذا أمرٌ حدَث مثلُه في زمنِ عثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فسأل عنه الصحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؟ فلم يكن عندهم فيه شيءٌ، حتى جاء عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقضى بذلك، وعمل بذلك عثمانُ، مع حضورِ الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ(١).

قال: وفي السِّنِّ القِصاصُ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥].

قال: وفي كلِّ شَجَّةٍ يمكنُ فيها المماثلةُ القِصاصُ.

لقولِه تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:٤٥]. ولأنَّه إذا أمكَنَ المماثلةُ في القَدْرِ وفي مثلِ موضعِ الشَّجَّةِ من الشاجِّ لزِم القِصاصُ، كقَطْعِ اليدِ من المفصلِ.

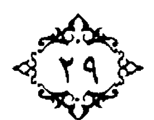
قال: ولا قِصاصَ في عَظْمٍ إلا في السِّنِّ.

كذلك رُوي عن ابنِ مسعودٍ، وعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنهما قالا: «لا قِصاصَ في عَظْمٍ إلا في السِّنِّ»(٢). ولا مخالِفَ لهما.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٤١٤) من طريق عن معمر، عن رجل، عن الحكم بن عتيبة قال: «لطَم رجلٌ رجلًا أو غيرَ اللَّطمِ إلا أنَّه ذهَب بصرُه وعينُه قائمةٌ، فأرادُوا أن يُقيِّدُوهُ فأعْيا عليهم وعلى الناسِ كيف يُقيِّدُونه، وجعَلُوا لا يدْرُونَ كيف يصنَعُونَ فأتاهُم عليٌّ فأمَرَ به فجَعَلَ على وجهِه كُرسُفًا، ثم استَقْبَلَ به الشمسَ، وأدنَى من عينِه مرآةً، فالتَمَعَ بصرُه وعينُه قائمةٌ». قال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٦٨): «إسناد فيه مُبهم وهو منقطع».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٨٦٩)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٥/ ٢٨٤، ٢٨٥) عن عمر.



فأمَّا ثبوتُ القِصاصِ في السنِّ فقد دلَّتْ عليه الآيةُ، وأيضًا ما رُوي: أنَّ الرُّبَيِّعَ عمةَ أنسِ بنِ النضرِ كَسرتْ سنَّ جاريةٍ، فأمر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكَسْرِ سنِّها، فقال أنسُ بنُ النضرِ: أيُكسرُ سنُّ الرُّبيعِ بسنِّ جاريةٍ؟ فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كتابُ اللَّهِ القِصاصُ». فقال: والذي بعَثَك بالحقِّ نبيًّا، لا تُكسَرُ سِنُّ الرُّبَيِّعِ. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ للَّهِ عِبادًا لو أقسَمُوا على اللَّهِ لأبرَّ قَسَمَهم، منهم أنسُ بنُ النَّضرِ»[1].

قال: وليس فيما دونَ النفسِ شِبهُ عَمْدٍ؛ إنما هو عَمْدٌ أو خطأٌ.

وذلك لما بيَّنَّا أنَّ شِبهَ العمدِ إنما يعودُ إلى الآلةِ، والقتلُ يختلفُ باختلافِ الآلةِ، فأمَّا ما دونَ النفسِ فلا يختلِفُ إتلافُه باختلافِ الآلةِ فبقي القتلُ نفسُه، فاختلَفَ بالعمدِ والخطأِ.

قال: ولا قِصاصَ بين الرجلِ والمرأةِ فيما دون النفسِ.

وقال الشافعيُّ: يجري بينهما[2].

لنا: أنهما عضوانِ اختلَفَ أرشُهما فلا يُستوفَى الأكملُ بالأنقصِ، أصلُه اليدُ الشلاءُ واليدُ الصحيحةُ.

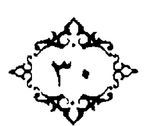
فإن قيل: كلُّ شخصينِ حُرَّينِ جرَى بينهما القِصاصُ في النفسِ، جرَى بينهما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٠٣)، ومسلم (١٦٧٥) عن أنس.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٥): «أبرَّ قَسَمَه بالموحدة، والراء المهملة: أي صدقه».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٢).



في الأطرافِ السليمةِ، كالرَّجُلَينِ الحُرَّين.

قيل له: الأنفسُ لا تعتبرُ فيها المماثلةُ، والأطرافُ تعتبرُ فيها المماثلةُ، فإذا اختَلَف أَرْشُ اليدينِ عُدِمتِ المماثلةُ، فلم يجبِ القِصاصُ.

قال: ولا بين الحُرِّ والعبدِ، ولا بين العَبْدين.

وذلك لأنهما عُضوانِ اختَلَف أرشُهُما، فصار كالصحيحِ والأشلِّ(١).

وقد قال الشافعي: يَجرِي القِصاصُ بين العبدين في الأطرافِ(٢).

والكلامُ فيه مثلُ الكلامِ في مسألةِ الرجلِ والمرأةِ.

قال: ويجبُ القِصاصُ في الأطرافِ بين المسلمِ والكافر(٣).

وذلك لأنَّ أرشَهما متساويان، فصار كالحُرَّين المسلمَيْن.

قال: ومَن قطَع يدَ رجلٍ من نِصفِ السَّاعدِ، أو جَرَحه جائِفَةً فبرَأَ منها، فلا قِصاصَ عليه.

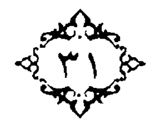
وذلك لأنَّه لا يمكنُ المماثلةُ فيه، وتَعَذُّرُ المماثلةِ يُسقِطُ القِصاصَ(٤).

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٢٠٧)، و«الأصل» (٧/ ٨٢)، و«الحُجَّة على أهل المدينة» (٤/ ٣٢٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٦٠- ٢٦٥).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٨)، و«الحاوي» (١٢/ ٢٦)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٢٤).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ١٣١، ١٣٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٧)، و«الاختيار» (٥/ ٢٧، ٣٠)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٠٣).

(٤) قال في حاشية (ح): «فيجب في الكف نصف الدية، وفيما زاد عليها حكومة، كما سيأتي في كتاب الديات».



قال: وإذا كانت يَدُ المَقطُوعِ صحيحةً، ويدُ القاطعِ شلاءَ أو ناقصةَ الأصابعِ، فالمقطوعُ بالخيارِ؛ إن شاء قطَع اليدَ المعيبةَ، ولا شيءَ له غيرُها، وإن شاء أَخذ الأَرْشَ كاملًا[1].

وذلك لأنَّ المقطوعَ لا يقدرُ على استيفاءِ حقِّه من جنسِه بكمالِه، فكان بالخيارِ بين أَخْذِ المِثْلِ مع العيبِ، أو الانتقالِ إلى العِوَضِ، أصلُه المتلَفاتُ.

وقد قال الشافعيُّ: إذا كانت يدُ القاطعِ لها أربعُ أصابعَ، فله أن يقطعَ يدَه، ويأخذ أَرْشَ أُصْبُعٍ[2].

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ حقَّه ناقصٌ، فإذا اختار أَخْذَه لم يكنْ له مع القطعِ أرشٌ، أصلُه إذا كانت يدُ القاطعِ شلَّاءَ.

فإن قيل: الأصابعُ مقصودةٌ بالقِصاصِ، وكلُّ طَرَفٍ مقصودٌ بالقِصاصِ إذا وجَب القِصاصُ فيه عند وجودِه وجَب الأرشُ عند عدمِه، أصلُه إذا قطَع أُصْبُعين وللقاطعِ أُصبُعٌ واحدةٌ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أنَّ الأصابعَ مقصودةٌ بالقِصاصِ إذا ثبت القِصاصُ في الكَفِّ؛ بدليلِ أنَّه ليس له إفرادُها بالإتلافِ، كما أنَّ مَن ثبَت له القِصاصُ في النفسِ ليس له إفرادُ اليدِ بالإتلافِ، والمعنى في قاطعِ الأُصبُعين أنَّ القِصاصَ

---

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٧٩)، (١٠/ ٥٢٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٨٠، ٤٤٨)، و«المبسوط» (٢٠/ ١٠٧)، (٢٦/ ٦١، ٦٤)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٠٠).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٥٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٤٨)، و«الحاوي» (١٢/ ١٨٠)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٦٣).

ثبَت له في كلِّ أُصبُعٍ على حيالِها، فإذا عُدِمَتْ إحداهما وجَب أرشُها، وفي مسألتِنا لم يثبُتْ له حقٌّ في الأصابعِ نفسِها، وإنَّما ثبَت له إتلافُ الجملةِ، وتَلَفُ الأصابعِ بتلفِها، فهي صفةٌ في حقِّه، فصار كالشللِ.

قال: ومَن شَجَّ رجلًا فاستَوعَب الشَّجةَ ما بينَ قرنَيه، وهي لا تَستَوعِبُ ما بينَ قرنَي الشَّاجِّ فالمشجُوجُ بالخيارِ؛ إن شاءَ اقتَصَّ بمقدارِ شَجَّتِه، يَبتَدِئُ من أيِّ الجانبينِ شاءَ، وإن شاءَ أخَذَ الأَرْشَ.

وحَكى الطحاويُّ، عن محمدِ بنِ العباسِ الرازيِّ: أنَّ له أن يستوفيَ ما بين قَرْنَي الشَّاجِّ، وإن كانت أوسَعَ؛ لأنَّ هذا صِغَرٌ في العضوِ، فصار كاليدِ الصغيرةِ بالكبيرةِ[1].

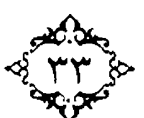
وهذا الذي ذكَره لا يَصِحُّ؛ لأنَّ القِصاصَ إنما يثبتُ في الشَّجَّةِ؛ لأجلِ الشَّيْنِ الذي يتعلقُ بها، لا لأجلِ المنفعةِ؛ بدليلِ أنَّه لو برَأَتْ وعادَ الشَّعرُ عليها سقَط الضمانُ.

ومعلومٌ أنَّ الشَّجَّةَ كلَّما زادَتْ كان أكثرَ للشَّيْنِ، فمتى لم يتمكَّنِ المشجوجُ من إلحاقِ الشَّيْنِ على الوجهِ الذي لحِقَه صارَ ذلك عيبًا في المحلِّ الذي تعلَّق به حقُّه، وصار كاليدِ الناقصةِ الأصابعِ؛ فإن شاء استوفَى ذلك مع العيبِ، وإن شاء عَدَل إلى الأَرْشِ، ولا يُشبِهُ هذا اليدَ الصغيرةَ والكبيرةَ؛ لأنَّ المقصودَ من اليدِ المنفعةُ، ومنفعةُ اليدِ الصغيرةِ كمنفعةِ اليدِ الكبيرةِ؛ فلذلك وَجَب القِصاصُ.

وإنَّما كان له أن يبتدئَ من أيِّ الجانبينِ شاء؛ لأنَّ حقَّه ثبَت في كلِّ واحدٍ

---

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ١٢٣).



منهما، فكان الخيارُ إليه.

وأمَّا إذا كانت الشجةُ تستوعبُ ما بين قَرْنَي الشاجِّ ويزيدُ فالمشجوجُ بالخيارِ؛ إن شاء أخَذ ما بين قَرْنَي الشاجِّ من غيرِ زيادةٍ، (١ وإن شاء أَخَذ الأَرْشَ؛ وذلك لأنَّ طولَ الشَّجَّةِ فيه فضلُ شَيْنٍ، وقد تعذَّر استيفاؤه لوقوعِه في غيرِ الموضوعِ الذي جُرِحَ، فإن شاء المشجوجُ أن يَستَوفيَ ذلك من غيرِ زيادةٍ ١)، وإن شاء عَدَل إلى الأَرْشِ.

قال: ولا قِصاصَ في اللسانِ، ولا في الذَّكَرِ إذا قُطِع، إلَّا أن تُقطَعَ الحَشَفَةُ.

هكذا ذَكَر محمدٌ في «الأصلِ»، ولأنَّ كلَّ واحدٍ من اللسانِ والذَّكَرِ ينقبضُ وينبسطُ، فلا يمكنُ فيه المماثلةُ، وما لا يمكنُ فيه المماثلةُ يسقطُ فيه القِصاصُ[٢].

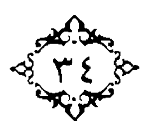
وقد رُوي عن أبي يوسفَ: أنه إن قُطِعَ اللسانُ والذَّكَرُ من أصلِه، وجَب القِصاصُ[٣]. لأن قَطْعَه على هذه الصفةِ يمكنُ فيه المماثلةُ، فوجَب القِصاصُ، فأما إذا قطَع الحشَفَةَ فالقِصاصُ واجبٌ ولا شبهةَ فيه؛ لأنَّ هناك مِفصَلٌ يمكنُ القطعُ منه، فهو كسائرِ المفاصلِ التي يمكنُ فيها المماثلةُ.

قال: وإذا اصطَلَح القاتلُ وأولياءُ المقتولِ على مالٍ، سقَط القِصاصُ ووجَب المالُ، قليلًا كان أو كثيرًا.

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ق).

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٣٩) وفيه: «أنه جعل الدية في قطع اللسان كله الدية، وفي بعضه إذا منع الكلام الدية، وفي الذَّكَر الدية كاملة، وفي الحشفة الدية كاملة».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٠٨).



وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. ولِما رُوي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «من قُتِل له قتيلٌ فأهلُه بين خيرتين؛ إن أحبُّوا قَتَلوا، وإن أحبُّوا أَخذوا الدِّيَةَ»[١].

وأمَّا قولُه: قليلًا كان المالُ أو كثيرًا. فلأنه إسقاطُ حقٍّ على مالٍ، والحقوقُ التي يجوزُ إسقاطُها بعوَضٍ لا يتقدَّرُ العوضُ، أصلُه الردُّ بالعيبِ إذا أسقَطَه على مالٍ.

قال: فإن عفَا أحدُ الشركاءِ في الدمِ، أو صالَح مِن نصيبِه على عِوَضٍ، سقَط حقُّ الباقين من القِصاصِ، وكان لهم نصيبُهم من الديةِ.

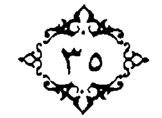
والأصلُ في ذلك ما رُوي: «أن دمًا بين شريكين عفا أحدُهما، فاستشار عمرُ ابنَ مسعودٍ، فقال: إنِّي أَرَى هذا قد أحياهُ، فلا يَملِكُ الآخرُ أن يُمِيتَ ما أحياهُ هذا. فعَمِل عمرُ بقولِه»[٢]. وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ، ولأنه حقٌّ مشتركٌ فملَكَ كلُّ واحدٍ من الشريكين إسقاطَ حقِّه عن نصيبِه، كما يملِكُ إذا انفرد به، أصلُه الدَّيْنُ.

وإذا ثبَت أنَّ العفوَ يصحُّ سقَط نصيبُ العافي من الدمِ، وصار نصيبُ الآخرِ لا يمكنُ استيفاؤه، ودمُ العمدِ إذا تعذَّر استيفاؤه انتقَل مالًا، أصلُه مَن قطَع يدَ رجلٍ من نصفِ الساعدِ، وإذا تعذَّر استيفاءُ نصيبِ الآخرِ انتقَل إلى الديةِ، ولا شيءَ للعافي من ذلك؛ لأنَّه أسقَط حقَّه عن الأصلِ، فلا يثبُتُ في البدلِ.

---

(١) تقدَّم.

(٢) عزاه الشِّلْبِيُّ في حاشيته على «تبيين الحقائق» (٦/ ١١٤) إلى الأتقاني، ولم أهتد إليه مسندًا.



قال: وإذا قتَلَ جماعةٌ واحدًا عَمْدًا اقتُصَّ من جميعِهم.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]. ولم يفصِّلْ، ولِما رُوي: «أنَّ رجلًا قتلَه سبعةٌ بصنعاءَ، فقتَلَهم عمرُ بنُ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال: لو تَمالأَ عليه أهلُ صنعاءَ لقتَلْتُهم به»[1]. وهذا كان بحضرةِ الصحابةِ من غيرِ خلافٍ، ولأنَّ خروجَ النفسِ هو الذي يتعلَّقُ به القِصاصُ وذلك لا يتبعضُ، فصار كلُّ واحدٍ منهم كالمنفردِ بالإتلافِ، فلزمَه القِصاصُ.

قال: وإذا قتَل واحدٌ جماعةً، فحضَر أولياءُ المقتولين قُتل لجماعَتِهم، ولا شيءَ لهم غيرُ ذلك، وإن حضَر واحدٌ قُتِل له، وسقَط حقُّ الباقين.

وقال الشافعيُّ: إن حضروا قُتِل بالأولِ إن عُرف، وكان لكلِّ واحدٍ من الباقين ديةٌ، فإن لم يُعلمِ الأولُ أقرَع الإمامُ بينهم، فقتلَه لمن خرجَتْ قرعتُه، ووجَب لكلِّ واحدٍ من الآخرين ديةٌ[2].

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٨٧١)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ٤٠، ٤١) عن يحيى بن سعيد، عن سعيد ابن المسيب: «أن عمر بن الخطاب ...» الحديث.

وأخرجه البخاري (٦٨٩٦) عن ابن عمر بنحوه.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٦): «تَمالأَ عليه بفتح التاء المثناة، والميم، وألف، ولام، وهمزة: ومعناه: تعاونوا عليه واجتمعوا، وكأنه مشتق من الملأ مهموز مقصور مصروف، وهم الجماعة. قال في المغرب: وأصل ذلك العون في المَلْء، ثم عمَّ».

وقال في (ص ٢٣٥): «صَنْعَاء بفتح الصاد المهملة، والنون، والعين المهملة، ممدودة: مدينة عظيمة باليمن».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٣)، و«المجموع» (١٨/ ٤٣٥).



وهذه المسألةُ فرعٌ على أصلين:

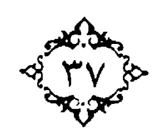
أحدُهما: أنَّ موجِبَ قتْلِ العَمْدِ القَوَدُ خاصةً، فإذا قُتِل تعذَّر استيفاءُ الحقِّ فسقَط؛ وعند الشافعي موجبُه المالُ أو القِصاصُ، فإذا قُتِل سقَط القِصاصُ، فبقِيَ البدلُ الآخرُ.

والأصلُ الآخرُ: أنَّ مَن وجَب عليه القِصاصُ إذا مات سقَط القِصاصُ، وعندَه تجبُ الديةُ.

والدليلُ على أنَّه لا يُقتَلُ بواحدٍ: أنَّ حقوقَهم تعلَّقَتْ بالعينِ بأسبابٍ متساويةٍ، فوجب أن يتساوَوْا في الاستيفاءِ أصلُه الشفعاءُ، ولأنَّ الجماعةَ إذا قتَلُوا واحدًا قُتِلوا به، فلمَّا كان الجماعةُ مع زيادةِ العددِ مِثلًا للواحِدِ، كان الواحدُ مماثلًا لهم أيضًا؛ لأنَّ ما ماثَل الشيءَ، فلا بُدَّ أن يكونَ ذلك الشيءُ أيضًا مماثلًا له، ولا يلزمُ الابنُ يُقتَلُ بأبِيه، والعبدُ بمولاه، وهما لا يقتلان؛ لأنَّ هذا يؤكدُ ما قلناه، لأنَّ الأدنى ماثَلَ الأعلى، والأعلى لم يماثِلِ الأدنى، فإذا كان في مسألتِنا الأعلى يستوفَى بالأدنى فأولى أن يستوفَى الأدنى بالأعلى.

فإن قيل: إذا قتَله أحدُ الأولياءِ سقَط حقُّ الباقين، فوجَب أن يُنتَقَلَ إلى الديةِ، أصلُه إذا عفا أحدُهما.

قيل له: هذا اعتبارٌ فاسدٌ بدليلِ أنَّ العبدَ القاتلَ إذا عفَا عنه أحدُ الوليَّيْنِ انتقل نصيبُ الآخرِ مالًا، ولو قتله سقَط حقُّ الباقين، ولأنَّ أحدَهما إذا عفا فحقُّ الآخرِ قد سلم للقاتلِ، فجاز أن يتقوَّم عليه.



قال: ومَن وجَب عليه القِصاصُ فمات سقَط عنه القِصاصُ[1].

وقال الشافعيُّ: يجبُ في مالِه الديةُ[2].

لنا: أنَّ مَن وجب عليه القِصاصُ لا يستوفي المالَ بعد موتِه، كالعبدِ إذا مات، ولأنَّ الضمانَ إنَّما يجبُ بهلاكِ ما هو مضمونٌ على الإنسانِ، كما نقولُ في الغَصْبِ، ونفسُه غيرُ مضمونةٍ عليه، فلا يلزمُه بهلاكِها ضمانٌ.

فإن قيل: سقَط القِصاصُ بغيرِ رضا الوليِّ، فوجب أن يأخذَ المالَ، أصلُه إذا عفا أحدُ الوليين.

قيل له: هناك سلمَتِ النفسُ للقاتلِ، فجاز أن يلزمَه ضمانُ عوضِها، وهاهنا لم يسلَمْ له فلم يَجُزْ أن يلزمَه عِوَضٌ.

قال: وإذا قَطَع رَجُلانِ يدَ رجلٍ واحدٍ فلا قِصاصَ على واحدٍ منهما، وعليهما نصفُ الديةِ[3].

وقال الشافعيُّ: إذا لم يتميز فعلُ أحدِهما من فعلِ الآخرِ، وجَب القِصاصُ عليهما[4].

لنا: أنَّ الطَّرَفَ يتبعضُ في الإتلافِ، فإذا اشترك الجماعةُ في إتلافِه لم يضمَنْ كلُّ واحدٍ جميعَه في حقِّ الآدمي أصلُه الأموالُ، ولأنَّه لو وجَب عليهما

---

(١) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٥٨٤)، و«المبسوط» (٢٦/ ١٤٦)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٤١، ٢٥١).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ١٣)، و«الحاوي» (١٢/ ١٣٥).

(٣) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٧٥)، و«النتف» (٢/ ٦٦٣)، و«الهداية» (٤/ ١٦٩).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٤)، و«الأوسط» لابن المنذر (١٣/ ٦٩).



القِصاصُ بطرفٍ واحدٍ، استوى أن يتميَّز فعلُهما أو لا يتميَّز، كالمشتركين في إتلافِ النفسِ.

فإن قيل: كلُّ قِصاصٍ وجَب للواحدِ على الواحدِ جاز أن يجبَ على الجماعةِ للواحدِ، كالقِصاصِ في النفسِ.

قيل له: النفسُ لا تتبعضُ فِي الإتلافِ، فصار كلُّ واحدٍ كالمستوفي لجميعِها وهاهنا بخلافِه، وإذا ثبت أنه لا قِصاصَ لزِمها الأرشُ، وهو نصفُ الديةِ.

قال: وإن قطَع واحدٌ يمينَ رجلينِ فحضَرا، فلهما أن يقطعا يدَه، ويأخذا منه نصفَ الديةِ، يَقسِمَانِها نِصفينِ، وإن حضَر واحدٌ منهما فقطَع يدَه، فللآخرِ عليه نصفُ الديةِ.

وقال الشافعيُّ: إذا حضرا قُطِعَت لأولِهما، وقُضي للثاني بنصفِ الديةِ، وإن حضر أحدُهما اقتُص له وقُضي للباقي بالديةِ.

لنا: أنَّ حقَّهما تعلَّق بالعين بأسبابٍ متساويةٍ، فلا يقدَّمُ أحدُهما في الاستيفاءِ، أصلُه الشفعاءُ.

فإن قيل: حقُّ الأولِ متعلقٌ باليدِ، فمُنع من تعلقِ حقِّ الثاني، أصلُه الرهنُ بعد الرهنِ.

قيل له: حقُّ الثاني متعلِّقٌ باليدِ بالإنفاقِ؛ بدليلِ أنه لو قطَعها وقَع عن حقِّه، ولو عفا الأولُ ثبَت الحقُّ للثاني، ولو لم يكنِ القِصاصُ وجَب له بنفسِ الجنايةِ، لم يجُزْ أن يثبتَ في الثاني.



وإذا ثبَت أنـه يُقطَـعُ لهمـا، قلنـا: ويُقضَى لهمـا بنصفِ الديـةِ بينهما؛ وذلك لأنَّ ما دون النفسِ يُعتَبرُ فيه المماثلةُ، وهو أيضًا مما يتبعضُ، فكلُّ واحدٍ منهما استوفى بعضَ حقِّه، وصار الجاني في حكمِ الغاصبِ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّـه قضَى ببعضِ حقِّ كلِّ واحدٍ منهمـا حقًّا عليه من طريقِ الحكـمِ، فضمِنَه للآخـرِ.

ولا يشبِه هذا إذا قتَل رجلين فقُتل بهما؛ لأن النفسَ لا تُعتبَرُ فيها المماثلةُ، ولأن إتلافَ الروحِ لا يَتبعَّضُ فصار كلُّ واحدٍ مستَوفِيًا لجميعِه من طريقِ الحكمِ فلم يَبْقَ له حقٌّ يَأخُذُ عِوَضَه، وأما إذا حضَر أحدُهما فله أن يقتصَّ؛ لأنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ منهما ثابتٌ في جميعِ اليدِ، وإنما يسقطُ حقُّه عن بعضِها بالمزاحمةِ، فإذا غاب أحدُهما ولا مزاحمَ للحاضرِ، فلا يجوزُ أن يسقطَ حقُّه لأجلِ الغائبِ مع جوازِ أن يحضرَ فيطالبَ بالجنايةِ، أو لا يطالبَ، ويكونُ للآخرِ الغائبِ نصفُ الديةِ؛ لأنَّ القاضي لمَّا قضاها للأولِ لم يجزْ أن يُسقِطَ حقَّ الثاني، فانتقلَ إلى العِوَضِ.

قال: وإذا أقرَّ العبدُ بقتلِ العمدِ لزمَه القَوَدُ.

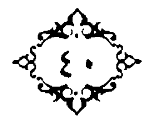
وقال زُفرُ: لا يصحُّ إقرارُه[1].

لنا: أنَّ العبدَ إنما لا ينفُذُ إقرارُه لما يلحقُه من التهمةِ في حقِّ المولى، وهو غيرُ متهمٍ في الإقرارِ بما يوجبُ العقوبةَ على نفسِه فنفَذَ إقرارُه كالحُرِّ.

وجـهُ قـولِ زفـرَ: أنَّ إقرارَه يتعلَّـقُ به إتلافُ مالِ المولى فلا يصحُّ، كما لو أقرَّ بدَيْنٍ، وهذا الذي ذكَره يَبطُلُ به إذا ارتدَّ، فإنه يُقتَلُ مع وجودِ المعنى الذي ذكَره.

---

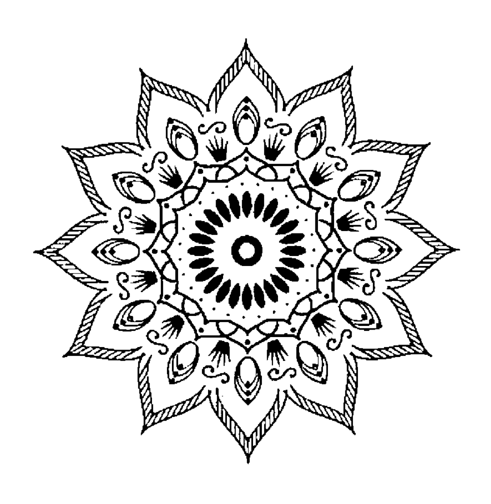
(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٥٠)، و«العناية» (١٠/ ٢٤٧).



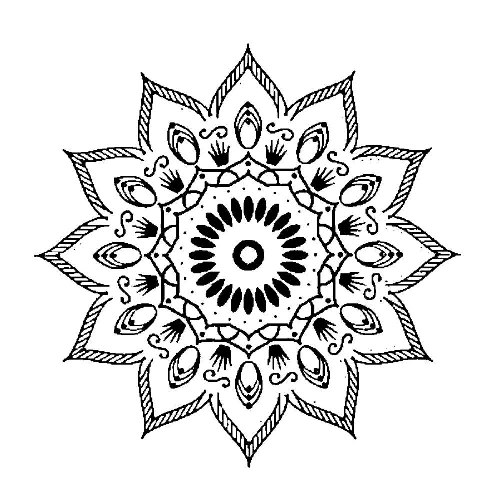
قال: ومَن رمَى رجلًا عمدًا فنفَذ السهمُ منه إلى آخرَ فماتا، فعليه القِصاصُ للأولِ، والديةُ للثاني على عاقلتِه.

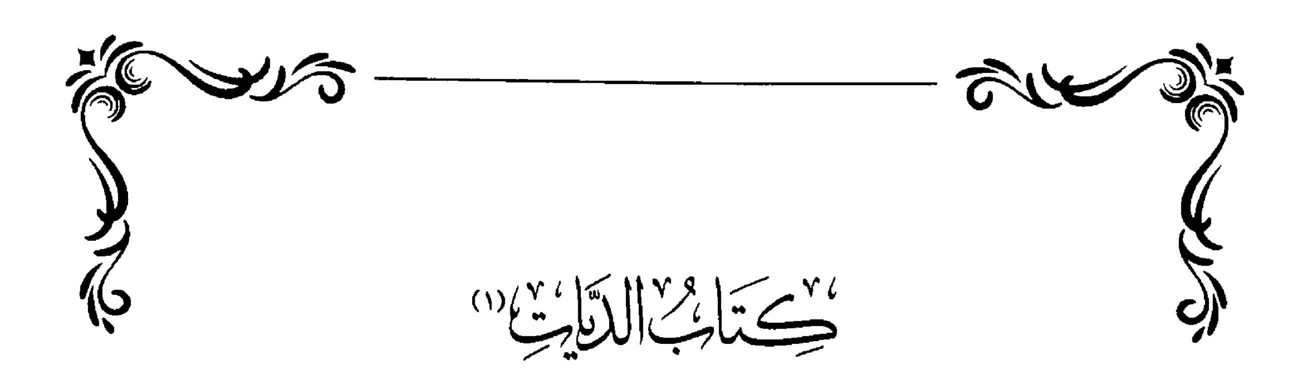
أما الأولُ فقد قصَده بالرمي، فإذا أصابَه لزمَه القِصاصُ، كما لو لم تنفذِ الجراحةُ إلى غيرِه، وأمَّا الثاني فقد تلِف برميه، لكنَّه لم يقصِدْه بالرمي فصار كمن قَصَد رَمْيَ صيدٍ فأصابَ رجلًا، فإنه تلزمُه الديةُ؛ لأنه أحدُ نوعي قتلِ الخطأِ.

والله أعلم



كِتَابُ الدِّيَاتِ





كتاب الديات[1]

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا قتَل رجلٌ رجلًا شِبهَ عَمْدٍ فعلى عاقِلَتِه دِيَةٌ مُغَلَّظةٌ، وعليه كفَّارةٌ.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: وديةُ شبهِ العَمْدِ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ مئةٌ من الإبلِ أرباعًا؛ خمسٌ وعشرون بنتُ مخاضٍ، وخمسٌ وعشرون بنتُ لبونٍ، وخمسٌ وعشرون حِقَّةٌ، وخمسٌ وعشرون جَذَعةٌ[2].

وهذا الذي ذكَره قولُ ابنِ مسعودٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ[3]، وعن عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: «ثلاثةٌ

---

(١) قال في حاشية (ش): «الديات من الأداء، فإنه قال: مؤدًّى في مقابلة النفس، ولم يسمِّه قيمة؛ لأن القيمة اسم لما يقام مقام الفائت، وفي قيامه مقام الفائت قصور لعدم المماثلة بينهما، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وقال المطرزي: إنها ليست بمشتقة من الأداءِ، بل هي مصدر من ودى القاتل المقتول، إذا أعطى وليَّه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر». ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ٥٩)، و«المغرب» (ص٤٨٠).

وقال في حاشية (ي): «الديات جمع دية، وأصلها ودية من الودي، وهو دفع الدية كالعدة من الوعد، والزنة من الوزن، والشية من الوشي، ونظائرها، يقال: وديت القتيل أديته وديا ودية: أعطيت ديته وأديت، أخذت ديته».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٠٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٥٥٢).

وثلاثون حِقَّةً، وثلاثةٌ وثلاثون جَذَعةً، وأربعةٌ وثلاثون خَلِفَةً في بطونِها أولادُها»[1].

وعن عمرَ[2]، وزيدٍ[3] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «ثلاثونَ جَذَعةً، وأربعونَ ما بينَ ثَنِيَّةٍ[4] إلى بازِلٍ[5]، عامُّها كلُّها خَلِفَةٌ في بطونِها أولادُها». وهو قولُ محمدٍ[6]، والشافعيِّ[7].

وجهُ قولِهما: ما رُوي في حديثِ عمرِو بنِ حزمٍ:.......................................

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٥١) من طريق أبي إسحاق، عن عاصم بن ضمرة، عن علي. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٥٧): «وعاصم بن ضمرة فيه مقال».
قال في حاشية (ش): «بنت مخاض: وهي التي طعنت في السنة الثانية. وبنت لبون: وهي التي طعنت في الثالثة». وقال: «الجذعة التي استكملت أربع سنين ودخلت في الخامس. والحِقّة: وهي التي استكملت ثلاث سنين ودخات في الرابعة. والثني له خمس سنين. والبازل ابن ثماني سنين، وقيل: الذي دخل في السنة السابعة». ينظر: «المصباح المنير» (م خ ض) (٢/ ٥٦٥)، (ل ب ن) (٢/ ٥٤٨)، (ج ذ ع) (١/ ٩٤)، (ح ق ق) (١/ ٣٤٩).
نقول: والخَلِفة بكسر اللام هي الحامل من الإبل، وجمعُها مخاضٌ من غير لفظها، كما تُجمع المرأة على النساء من غير لفظها. ينظر: «المصباح المنير» (خ ل ف) (١/ ١٧٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٥٠) من طريق مجاهد عن عمر. قال الزيلعي في: «نصب الراية» (٤/ ٣٥٧): «مجاهد لم يسمع من عمر، فهو منقطع».

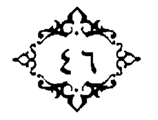
(٣) أخرجه أبو داود (٤٥٥٤) من طريق قتادة، عن عبد ربه، عن أبي عياض، عن عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٥٦).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٧): «ثَنِيَّة بالثاء المثلثة، والنون، والياء، وتاء التأنيث: من الإبل ما دخل في السادسة، والذكر ثني».

(٥) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٧): «بَازِل بالموحدة، وزاي معجمة: من الإبل ما تم له ثماني سنين ودخل في التاسعة، وحيئذ يطلع نابه وتكمل قوته، ثم يقال له بعد ذلك: بازل عام، وبازل عامين».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٠٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٤).

(٧) ينظر: «الأم» (٩/ ١٦١).



«في النفسِ مئةٌ من الإبلِ»[1]. وظاهرُه يقتضي أدنى ما يتناولُه الاسمُ.

وروَى الزهريُّ، عن السائبِ بنِ يزيدَ: «أنَّ الدِّيةَ كانت على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أرباعًا»[2]. على ما ذكَرناه، ومعلومٌ أنَّ هذا لا يجبُ في ديةِ الخطأِ، فلم يبقَ إلَّا أن يكونَ في ديةِ شبهِ العَمدِ، ولأنَّه بدلٌ عن النفسِ، فكانت الأسنانُ فيه متساويةً، أصلُه ديةُ الخطأِ.

فإن قيل: في حديثِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ألا إنَّ قتيلَ خَطَأِ العَمْدِ، قتيلَ السَّوْطِ والعَصا، فيه مئةٌ من الإبلِ، أربعون خَلِفَةً في بطونِها أولادُها»[3].

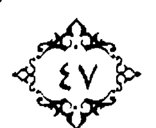
قيل له: هذا الخبرُ غيرُ ثابتٍ بدليلِ أنَّ الصحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اختلفوا في تقديرِها، ولو كان للخبرِ أصلٌ لم يجُزْ لأحدٍ منهم أن يخالفَه، ولأنَّ هذا الخبرَ إن ثبَت، فهو معارَضٌ بقولِ ابنِ مسعودٍ؛ لأنَّه قال ما قالَه توقيفًا[4]، ألا ترَى أن التقديراتِ لا مدخَلَ للقياسِ فيها، فلا بُدَّ أن يكونَ عرَف ذلك من جهةِ التوقيفِ، وإذا

(١) تقدَّم.

(٢) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده- بغية» (٥٢٦)، والطبراني في «الكبير» (٧/ ١٥٠) (٦٦٦٤). وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٩٧): «فيه أبو معشر نجيح، وصالح بن أبي الأخضر، وكلاهما ضعيف».

(٣) أخرجه النسائي (٤٧٩٩)، وفي «الكبرى» (٦٩٧٥)، وابن ماجه (٢٦٢٨) من طريق القاسم ابن ربيعة، عن ابن عمر. والقاسم لا يصح سماعه من ابن عمر. ينظر: «الأحكام الوسطى» (٤/ ٥٤)، و«التنبيه» لابن التركماني (٢١١٦)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٣١، ٣٥٦)، و«الدراية» (٢/ ٢٦١).

(٤) في (ض، ض٢، ظ، ق، ل): «توفيقًا». والعبارة في (ش): «لأنه قال وما قاله إلا توقيفًا».



تعارَض الخبرانِ كان الأخذُ بالمتيقَّنِ أولى.

قال: ولا يَثبُتُ التغليظُ إلَّا في الإبلِ خاصةً، فإن قُضِيَ بالدِّيةِ من غيرِ الإبلِ لم تتغلَّظْ.

لأنَّ التغليظَ تقديرٌ، والتقديرُ لا يثبُتُ إلَّا من جهةِ التوقيفِ، ولم يُرْوَ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا عن أحدٍ من الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنه غلَّظ الدِّيةَ من[1] غيرِ الإبلِ.

قال: وقتْلُ الخطأِ تَجِبُ به الدِّيةُ على العاقِلَةِ، والكفَّارةُ على القاتلِ.

وقد دلَّلنا على ذلك فيما تقدَّم.

قال: والدِّيةُ في الخطأِ مئةٌ من الإبلِ أخماسًا، عشرون ابنَ مخاضٍ، وعشرون بنتَ مخاضٍ، وعشرون بنتَ لَبونٍ، وعشرون حِقَّةً، وعشرون جَذَعةً[2].

وقال الشافعيُّ: عشرون ابنَ لبونٍ بدلًا من ابنِ مخاضٍ[3].

لنا: ما رَوى خِشْفُ بنُ مالكٍ[4]، عن ابنِ مسعودٍ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال:

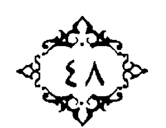
---

(١) في (س، ش، ض٢، ي): «في».

(٢) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٥١، ٥٥٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٤٠٣)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٠١).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٢٧٨)، «الحاوي» (١٢/ ٢٢٣)، و«البيان» (١١/ ٤٨٣).

(٤) في (أ٢، ر، غ، ق، م، ي): «حنيف بن مالك»، وفي (ع): «خشف بن نادر»، وفي (ظ): «حسن بن مالك». وهو تصحيف، والمثبت من باقي النسخ هو الصواب. وينظر ترجمة خشف بن مالك في «طبقات ابن سعد» (٦/ ٢٠١)، و«التاريخ الكبير» (٣/ ٢٢٦)، و«الجرح والتعديل» (٣/ ٤٠١)، و«تهذيب الكمال» (٨/ ٢٤٩).



«في ديةِ الخطأِ عشرونَ بنتَ مخاضٍ، وعشرونَ ابنَ مخاضٍ»[1]. ولأنَّ ابنَ لبونٍ أُقيم مقامَ غيرِه في الزكاةِ، فلم يُضمَّ إلى أسنانِ الإبلِ في الدِّيةِ كالشاتين.

فإن قيل: رُوي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدَى قتيلَ الأنصارِ بمئةٍ مِن إبلِ الصدقةِ»[2]. وليس في إبلِ الصدقةِ ابنُ مخاضٍ؟

قيل له: يجوزُ أن يكونَ فيها ابنُ مخاضٍ أُخِذ على وجهِ القيمةِ، ولأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أدَّى ما لا يجبُ عليه، فإذا تبرَّع بالأصلِ لإصلاحِ ذاتِ البَيْنِ جاز أن يتبرَّعَ بزيادةِ سنٍّ على الواجبِ.

وإن قيل: رَوى ابنُ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في ديةِ الخطأِ ابنَ لَبونٍ»[3].

قيل له: قد رُوينا عنه مثلَ قولِنا، وهو قولُه أيضًا، فتعارضا.

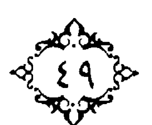
قال: ومِن العينِ ألفُ دينارٍ، ومِن الوَرِقِ عشَرةُ آلافٍ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٥)، والترمذي (١٣٨٦)، والنسائي (٤٨١٦)، وفي الكبرى (٦٩٧٧)، وابن ماجه (٢٦٣١) من طريق حجاج بن أرطأة، ثنا زيد بن جبير، عن خِشْفِ بن مالك الطائي، عن عبد اللَّه بن مسعود. حجاج ضعيف، وخِشْف بن مالك في عداد المجهولين، قال الترمذي: «لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وقد روي عن عبد اللَّه موقوفًا». ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٦٩٤)، و«سنن الدارقطني» عقب الحديث (٣٣٦٤، ٣٣٦٥)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٧٥)، و«الأحكام الوسطى» (٤/ ٥٦)، و«التنبيه» لابن التركماني (٢١٥٥)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٥٨).

(٢) أخرجه البخاري (٧١٩٢)، ومسلم (١٦٦٩/ ٦) عن سهل بن أبي حثمة.

(٣) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٢٨٦)، والدارقطني (٣٣٦٢) عن ابن مسعود. وحسن الدارقطني إسناده.



وقال الشافعيُّ، على القولِ الذي يقولُ: إنها مقدرةٌ؛ هي اثنا عشرَ ألفَ درهمٍ.

لنا ما رُوي: «أنَّ رجلًا قطَع يدَ رجلٍ على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فقضَى النبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بخمسةِ آلافِ درهمٍ»[1]. وعن عَبيدةَ السَّلمَانيِّ: «أنَّ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ جعَل الدِّيةَ على أهلِ الذهبِ ألفَ دينارٍ، وعلى أهلِ الوَرِقِ عشَرةَ آلافٍ»[2].

فإن قيل: رَوى ابنُ عباسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمَا: «أنَّ رجلًا قُتِل على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فجعَل ديتَه اثني عشرَ ألفَ درهمٍ»[3].

قيل له: هذا معارَضٌ بما رُوِّيناه، وإذا تعارضَتِ الرواياتُ أثبَتْنا المتيقَنَ، أو نَحمِل ما رُوي من اثني عشرَ ألفًا على وزنِ ستةٍ، وما رُوي عشرةُ آلافٍ على وزنِ سبعةٍ، فنجمعُ بينهما، وقد نُقل وجودُ هذين الوزنين، ولم يُنقَلْ ما فوقَ ذلك.

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢/ ٢٦٠) (٢٠٩٠) عن دهثم بن قران، عن نمران بن جارية بن ظفر الحنفي، عن أبيه. وقال عبد الحق: «دهثم بن قران متروك الحديث». ينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٦٣)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٢٦٣) من طريق وكيع، أنا محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الشعبي، عن عبيدة السلماني. قال ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٣٩٧): «ابن أبي ليلى سيِّئ الحفظ».

(٣) أخرجه أبو داود (٤٥٤٦)، والترمذي (١٣٨٨)، والنسائي (٤٨١٧)، وفي «الكبرى» (٦٩٧٨)، وابن ماجه (٢٦٢٩، ٢٦٣٢) من طريق محمد بن مسلم الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن عكرمة، عن ابن عباس. قال الترمذي: «لا نعلم أحدًا يذكر في هذا الحديث: عن ابن عباس، غير محمد بن مسلم». وقال النسائي في «الكبرى»: «محمد بن مسلم ليس بالقوي، والصواب مرسل». وقال أبو حاتم في «العلل» مسألة (١٣٩٠): «المرسل أصح».

بَيَّنَ ذلك أنَّ عمرَ بنَ شَبَّةَ[1] ذكَر في «كتابِ البصرةِ»: «إنَّ أولَ من قَضَى بالدِّيةِ من الدراهمِ بالعراقِ زيادٌ[2]، فقضى بالبصرةِ بعشرةِ آلافٍ، وكانت وزنَ سبعةٍ، وقضى بالكوفةِ باثني عشرَ، وكانت وزنَ ستةٍ»[3]. فصحَّ تأويلُنا بهذه الروايةِ.

وقد اختلَفوا في الذهبِ والوَرِقِ، هل هو أصلٌ في الدِّيةِ، أو بدلٌ عنها؟

فقال أبو بكرٍ الرازيُّ: كلُّ نوعٍ ديةٌ بنفسِه[4].

وقال غيرُه من أصحابِنا: الأصلُ الإبلُ والأثمانُ بدلٌ عنها، إلَّا أنَّه بدلٌ مقدَّرٌ بالشرعِ لا يجوزُ الزيادةُ عليه ولا النقصانُ منه[5].

وقال الشافعيُّ: الدِّيةُ مئةٌ من الإبلِ، لا يجوزُ العدولُ عنها إلى غيرِها، مع القدرةِ عليها، فإن أعوزَتْ، ففيه قولان:

---

(١) كذا على الجادة من (أ، ع)، وفي (أ٢، ج، ح، ر، س، ض، ض١، ض٢، غ، ل، م): «عمرو ابن شيبة»، وفي (ش، ظ): «عمرو بن شبة»، وفي (ق): «عمر بن سبية»، وفي (ي): «عمرو ابن أبي شيبة».

وعمر بن شبَّة بن عبيدة بن زيد أبو زيد النميري البصري النحوي الأخباري، العالم بالسير والمغازي والأدب، صاحب التصانيف، التي منها: كتاب «النسب»، و«أخبار بني نمير»، و«أخبار المدينة»، و«تاريخ البصرة»، أو «أخبار البصرة»، و«أمراء الكوفة»، و«أمراء البصرة»، و«أمراء مكة»، و«مقتل عثمان»، و«السلطان»، و«السقيفة»، «جمهرة أشعار العرب»، إلى غير ذلك من المصنفات، توفِّي عام (٢٦٢هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» (١٣/ ٤٥)، و«وفيات الأعيان» (٣/ ٤٤٠)، و«تاريخ الإسلام» (٦/ ٣٧٦)، و«تهذيب الكمال» (٢١/ ٣٨٦).

(٢) قال في حاشية (س): «بن أبيه».

(٣) أخرجه عمر بن شبة في «كتاب البصرة»، كما في «التجريد» (١١/ ٥٧١٦).

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٤١٠)، و«أحكام القرآن» (٣/ ٢٠٨).

(٥) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧١٠)، و«المبسوط» (٢٦/ ٧٥).

قال في القديمِ: يعدلُ إلى أحدِ أمرين، إما ألفُ دينارٍ، وإما اثنا عشر ألفَ درهمٍ.

وقال في الجديدِ: يُعدَلُ إلى قيمتِها حينَ القبضِ، زائدةً أو ناقصةً[1].

لنا: ما رَوَى ابنُ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضَى بالدِّيةِ في الخطأِ اثني عشرَ ألفَ درهمٍ»[2]. وفي حديثِ سعيدِ بنِ المسيبِ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهدِه ألفُ دينارٍ»[3].

وعن أبي بكرٍ، أنه قال لعائشةَ: «تصدقي باثني عشرَ ألفَ درهمٍ، ديةُ الحُرِّ المسلمِ»[4]. فهذا دليلٌ على التقديرِ، ولأنَّ الأثمانَ إذا وجبَتْ بسببِ المتلَفِ كانت بدلًا عنه، أصلُه سائرُ المتلَفاتِ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في النفسِ مئةٌ من الإبلِ»[5].

قيل له: هذا يدلُّ على أنَّ الإبلَ ثابتةٌ في النفسِ، وحكمُ غيرِها موقوفٌ على

---

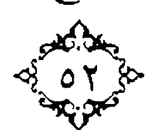
(١) ينظر: «الأم» (٦/ ١٢٣)، و«الأوسط» لابن المنذر (١٣/ ١٤٦).

(٢) تقدَّم.

(٣) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ٢١٥) من طريق ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد ابن المسيب. ينظر: «الجوهر النقي» (٨/ ١٠٣)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٦٦).

(٤) أخرجه ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٩١) من طريق عفيف بن سالم الموصلي، عن عبد اللَّه ابن المؤمل، عن عبد اللَّه بن أبي مليكة، عن عائشة بنت طلحة، عن أم المؤمنين عائشة. وقال: «هذا لا شيء، عفيف بن سالم مجهول لا يدرى من هو؟ وعبد اللَّه بن المؤمل هو المكي، ضعيف لا يحتج به».

(٥) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٥٧)، والنسائي (٤٨٥٥)، وفي «الكبرى» (٧٠٣١) عن ابن شهاب، قال: «قرأت كتاب رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذي كتب لعمرو بن حزم...» الحديث. قال أبو داود: «أسند هذا ولا يصح».



الدلالةِ، وإنَّما لم يبيِّنْ لهمُ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غيرَ ذلك من الأنواعِ؛ لأنَّ أموالَ القومِ كانتِ الإبلَ، فبيَّن ما يسهُلُ عليهم دفعُه.

فإن قيل: لو كانتِ الأنواعُ كلُّها سواءً لوجَب أن يخيَّرَ في دفعِ أيِّها شاء، كالكفاراتِ.

قيل له: كذلك نقولُ الخيارُ إلى القاتلِ.

قال: ولا تثبتُ الدِّيةُ إلَّا مِن هذه الأنواعِ الثلاثةِ عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ومن البقرِ مئتا بقرةٍ، ومن الغنمِ ألفا شاةٍ، ومن الحُلَلِ مئتا حُلَّةٍ كلُّ حلةٍ ثوبان.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في النفسِ مئةٌ من الإبلِ». ظاهرُه يقتضي ألَّا يجبَ ما سِوى الإبلِ، إلَّا ما دلَّ عليه الدليلُ، ولأنَّ البقرَ والغنمَ حيوانٌ لا يغلَّظُ في شبهةِ العَمدِ، فلا يكونُ أصلًا في الدِّيةِ بنفسِه، كسائرِ الحيوانِ.

وجهُ قولِهما: ما رُوي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضَى في الدِّيةِ بستةِ أصنافٍ، من الدراهمِ بعشرةِ آلافِ درهمٍ، ومن الدنانيرِ بألفِ دينارٍ، ومن الإبلِ بمئةٍ، ومن البقرِ بمئتي بقرةٍ، ومن الشاةِ بألفي شاةٍ، ومن الحُللِ بمئتي حُلةٍ»[1]. وكان ذلك

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٢)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ٧٧) من طريق عبد الرحمن بن عثمان، ثنا حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب به. قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٨/ ٤١): «هذا الحديث يرويه غير حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، لا يتجاوزه به، لا يقول فيه: عن أبيه، عن جده. على أن للناس في حديثه عن أبيه، عن جده، اختلافًا؛ منهم من لا يقبله؛ لأنه صحيفة عندهم لا سماع، ومنهم من يقبله». وعبد الرحمن بن عثمان نقل تضعيفه ابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» (٥/ ٢٦٤، ٢٦٥). ينظر: «تهذيب الكمال» (١٧/ ٢٧١). =



بحضرةِ الصحابةِ من غيرِ خلافٍ.

قال: وديةُ المسلمِ والذِّمِّيِّ سواءٌ[1].

وقال مالكٌ: ديةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ ستةُ آلافٍ[2].

وقال الشافعيُّ: ديةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ أربعةُ آلافٍ، وديةُ المجوسيِّ ثمانمئةِ درهمٍ[3].

لنا: ما روَى ابنُ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنَّ مستأمَنَينِ دخَلا على رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فكساهُما وحمَلَهُما، فلمَّا خرَجا من عندِه لقيَهُما عمرُو بنُ أميةَ الضمريُّ فقتَلَهما، ولم يعلَمْ أنهما مستأمَنينِ، فوَدَاهما رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِدَيةِ حُرَّينِ مسلِمَينِ»[4].

وعن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهدِه ألفُ دينارٍ»[5].

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٧): «الحُلَّة بضم الحاء المهملة: واحدة الحلل، وهي برود اليمن، ولا تسمى حلة إلا أن تكون ثوبين من جنس واحد».

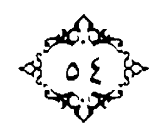
(١) ينظر: «النتف» (٢/ ٦٧٠)، و«المبسوط» (١٠/ ٩٦)، و«الهداية» (٤/ ١٧٨).

(٢) ينظر: «تهذيب المدونة» (٤/ ٥٧١)، و«النوادر والزيادات» (١٣/ ٥٥٠)، و«عيون المسائل» (ص٤٤٣) مسألة (١٠١٥).

(٣) ينظر: «الأم» (٤/ ٣٠٨)، و«الحاوي» (١٢/ ٣١١)، و«نهاية المطلب» (١٦/ ٤٣٩).

(٤) أخرجه الترمذي (١٤٠٤)، والبيهقي (٨/ ١٠٢) من طريق أبي سعد، عن عكرمة، عن ابن عباس بنحوه. قال الترمذي في «العلل الكبير» (ص ٧٩): «سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقلت له: كيف أبو سعد البقال؟ قال: مقارب الحديث». وقال ابن القطان في «بيان الوهم» (٣/ ٥٦٤): «وعندي أنه ضعيف، فإنه إنما يرويه أبو سعد سعيد بن المرزبان البقال، وهو ممن يتهم بالكذب».

(٥) تقدَّم تخريجه.



وكذلك قضى أبو بكرٍ، وعمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1]، ولأنَّ هذا الدَّينَ لو أثَّر في بدَلِ النفسِ لأثَّر في إسقاطِه، الدليلُ عليه الرِّدةُ.

فإن قيل: رُوِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أنَّ ديةَ اليهوديِّ والنصرانيِّ أربعةُ آلافٍ»[2].

قيل له: هذا خبرٌ لا يُعرَفُ، ولم يُذكَرْ في كتابٍ من كتبِ الحديثِ، وإنما أضافوه إلى بعضِ شروحِ المروزيِّ وليس بحُجَّةٍ[3]، وكلُّ شيءٍ يُروَى عن الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في ذلك فهو معارَضٌ بما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال: «إنما أعطيناهمُ الأمانَ لتكونَ دماؤُهم كدمائِنا، وأموالُهم كأموالِنا»[4].

فإن قيل: أحدُ بدَلي النفسِ، فلا يساوِي فيه المستأمَنُ المسلمَ، أصلُه القصاصُ.

قيل له: اختلافُ الشخصينِ لا يدلُّ على اختلافِ ديتِهما، كالأبِ والابنِ، وقد يتساويان في القصاصِ وتختلِف ديتُهما، كالرجلِ والمرأةِ، على أن المستأمَنَ فيه معنى الإباحةِ، فمعنى الإباحةِ أثَّر في دمِه؛ لأنَّه مما يسقُطُ بالشبهةِ، ولم يؤثِّرْ في الدِّيةِ؛ لأنَّها لا تسقُطُ بالشبهةِ.

قال: وفي النفسِ الدِّيةُ، وفي المارِنِ الدِّيةُ، وفي اللسانِ الدِّيةُ، وفي الذَّكَرِ الدِّيةُ.

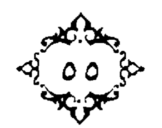
---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٦٨) من طريق مجمع بن يعقوب، أخبرني ربيعة بن أبي عبد الرحمن به. ينظر: «الجوهر النقي» (٨/ ١٠٢)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٦٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٨٤٧٤)، والدارقطني (٣٢٨٦) عن عمرو بن شعيب عن النبي مرسلًا. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٦٥): «وهو معضل».

(٣) ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٦٥)، و«الدراية» (٢/ ٢٧٥).

(٤) تقدَّم.



والأصلُ في ذلك ما روَى سعيدُ بنُ المسيبِ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «في النفسِ الدِّيةُ، وفي اللسانِ الدِّيةُ، وفي الذَّكَرِ الدِّيةُ، وفي الأنفِ الدِّيةُ، وفي المارِنِ الدِّيةُ». وكذلك هو في الكتابِ الذي كتَبه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمرِو بنِ حزمٍ[1].

أما وجوبُ الدِّيةِ في قطعِ المارِنِ بانفرادِه فللخبرِ، ولأنَّ المقصودَ بالأنفِ الجمالُ والمنفعةُ، وذلك يَذهبُ بقطعِ المارِنِ، ألا ترَى أنَّه لا يجتمعُ له الشمُّ؟

وقد قالوا: إذا قَطَع حشفةَ الذَّكرِ وجبَتِ الدِّيةُ كاملةً؛ لأن بذهابِها تبطُلُ منفعةُ العضوِ، وهو الإنزالُ، وبطلانُ منفعةِ العضوِ كبطلانِ العضوِ.

وكذلك أيضًا يُعتبرُ في قطعِ اللسانِ، إذا قُطِع منه ما يُذهِبُ الكلامَ وجبَتِ الدِّيةُ[2].

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٥٧- ٢٥٩)، والنسائي (٤٨٦٨)، وفي «الكبرى» (٧٠٢٩)، وابن حبان (٦٥٥٩)، والبيهقي (٤/ ٨٩) عن عمرو بن حزم به، بلفظ: «وأنَّ في النَّفسِ الدِّيةَ مئةً من الإبلِ، وفي الأنفِ إذا أُوعِبَ جَدْعُهُ الدِّيةُ، وفي اللِّسانِ الدِّيةُ، وفي الشَّفَتينِ الدِّيةُ، وفي البيضتينِ الدِّيةُ، وفي الذَّكرِ الدِّيةُ، وفي الصُّلبِ الدِّيةُ، وفي العينينِ الدِّيةُ». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٣٩- ٣٤٢).

قال في حاشية (ي): «المارِن بكسر الراء: وهو ما لان من لحم الأنف، وإما القصبة التي في أعلى الأنف». ينظر: «لسان العرب» (م ر ن)، و«المصباح المنير» (م ر ن) (٢/ ٥٦٩).

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٧): «المَارِن بفتح الميم، وكسر الراء المهملة، وآخره نون: من الأنف ما دون القصبة، والمارِنان المنخران». ينظر: «النهاية» (٤/ ٣٢١).

(٢) قال في حاشية «ح»: «يقسم على عدد الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم، وهو قول الأئمة الثلاثة. وقيل: حروف تتعلق باللسان، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ووجه عن أحمد، وما لم يتعلق باللسان للشفوية وهي أربع؛ الباء والميم والفاء والواو، والحلق وهي ستة؛ الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين، فهذه عشرة بقي ثمانية عشر، فبعد =

قال: وفي العَقْلِ [٢]إذا ضُرِبَ[١] رأسُه فذَهَبَ عَقْلُه[٢] الدِّيةُ.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي: «أنَّ عمرَ بنَ الخطابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قضى في رجلٍ واحدٍ بأربعِ دياتٍ، ضُرِب على رأسِه فذهَب عقلُه، [٣]وكَلامُه، وبَصَرُه، وسمْعُه[٣]». فذهَب بفواتِ العقلِ منفعةُ جميعِ الأعضاءِ، ألَا ترَى أنَّ أفعالَ المجنونِ قد أُجريَتْ مجرَى أفعالِ البهائمِ، فصار من هذا الوجهِ كأنَّه أتلَف الشخصَ، فتجبُ الدِّيةُ.

وعلى هذا إن أذهَب سمعَه أو شمَّه أو ذوقَه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من ذلك منفعةٌ كاملةٌ، ليس لها نظيرٌ في البدنِ، فيجِبُ بذهابِها الدِّيةُ كالعقلِ.

قال: وفي اللحيةِ إذا حُلِقَتْ فلم تَنْبُتِ الدِّيةُ، وفي شَعْرِ الرأسِ الدِّيةُ[٤].

وقال الشافعيُّ: فيه حكومةُ عَدْلٍ[٥].

ذلك يقسم على عدد الحروف. والأصل فيه ما روي: أن رجلًا قطع طرف لسان رجل في زمن عليّ فأمره أن يقرأ: أ، ب، ت، ث فكلّ ما قرأ حرفًا أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك».

(١) بعده في (أ٢): «على».

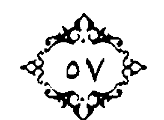
(٢-٢) ليس في (ض٢، ي).

(٣-٣) ليس في (ي)، وفي (ح): «وسمعه»، بدل: «وذكره».

والأثر أخرجه عبد الرزاق (١٨١٨٣)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٣٦)، والبيهقي (٨/ ٨٦) من طريق عوف الأعرابي، عن أبي المهلب عم أبي قلابة، به.

(٤) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٦٤٥)، و«النتف» (٢/ ٦٧٢)، و«المبسوط» (٢٦/ ٧١، ٧٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣١٢).

(٥) ينظر: «الأم» (٦/ ٨٨، ١٣٣)، و«الأوسط» لابن المنذر (١٣/ ٢٥٦)، و«الحاوي» (١٢/ ٣٠١)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٢٧٦).



لنا: ما رُوي عن عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: «أنه قضَى في شَعْرِ الرأسِ بالدِّيةِ»[1]، ولا يُعرَفُ له مخالفٌ.

وعن سعيدِ بنِ المسيبِ: «في الحاجبَيْن الدِّيةُ، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ»[2].

ولأنَّه فوَّتَ عليه الجمالَ الكاملَ فلزِمه الدِّيةُ، أصلُه إذا قطَع الأُذنَ الشاخصةَ.

والدليلُ على أنَّ في اللحيةِ جمالٌ: ما رُويَ أنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «مِن تسبيحِ الملائكةِ: سبحانَ مَن زَيَّن الرجالَ باللِّحَى، والنساءَ بالقُرونِ»[3].

والدليلُ على أنَّ ذهابَ الجمالِ يوجِبُ الدِّيةَ: ما ذكَر المبرِّدُ في كتابِ «الكاملِ»: أنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «وفي الصَّعَر الدِّيةُ»[4]. قال: وهو اعوجاجُ

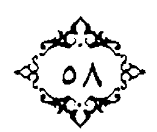
---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٣٧٤)، وابن أبي شيبة (٢٧٤١٩)، وابن المنذر في «الأوسط» (٩٥٠٧)، وابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٤٣٣) عن سلمة بن تمام الشقري بنحوه. ينظر: «الإشراف» لابن المنذر (٧/ ٤٠٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٧٣٧٩)، وابن أبي شيبة (٢٧٤١١).

(٣) أخرجه الحاكم في «تاريخه»، كما في «الزيادات على الموضوعات» للسيوطي (١/ ٩٤) من طريق الحسين بن داود بن معاذ، ثنا النضر بن شميل، ثنا عوف، عن الحسن، عن عائشة مرفوعًا. وقال: «الحسين بن داود ليس بثقة». وذكره ابن عراق في «تنزيه الشريعة» (١/ ٢٤٧). وأخرجه ابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٣٦/ ٣٤٣) عن أبي هريرة موقوفًا. وقال: «حديث منكر جدًّا».
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٨): «القُرُون بالقاف، والراء المهملة، والواو، والنون: الذوائب».

(٤) لم أهتد إليه في المطبوع من «الكامل». وقد ورد عن زيد بن ثابت أن فيه الدية: أخرجه عبد الرزاق (١٧٥٦٥)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٥٣)، وابن المنذر (٩٥٠٦)، وابن حزم (١٠/ ٤٤٥). =



الوجهِ. ومعلومٌ أنَّه ليس في اعوجاجِ الوجهِ غيرُ تفويتِ الجمالِ، وقد أوجَب به الدِّيةَ.

فإن قيل: الشَّعرُ لا منفعةَ فيه وإنما فيه زِينةٌ، فصار كالعينِ القائمةِ.

قيل له: المقصودُ من العينِ المنفعةُ والجمالُ فيها تابعٌ، فلم يجِبْ كمالُ الدِّيةِ بفواتِ ما ليس بمقصودٍ منها، فأمَّا الشعرُ فلا يُقصَدُ به إلا الجمالُ، ففواتُ المقصودِ منه يجوزُ أن يوجِبَ الدِّيةَ.

ولا يلزَمُ إذا حلَق نصفَ لحيتِه أنَّ الشَّيْنَ به أكثرُ، ولا يجبُ كمالُ الدِّيةِ؛ لأنَّ الحلْقَ إذا حصَل في نصفِها أمكن أن يسترَه ويتجمَّلَ بالجانبِ الآخرِ.

وكان أبو جعفرٍ الهندوانيُّ[1] يقولُ في اللحيةِ: إنما يجبُ فيها الدِّيةُ إذا كانت لحيةً كاملةً يُتجمَّلُ بها، فإن كانت طاقاتٍ[2] متفرقةً لا يُتجمَّلُ بها فلا شيءَ فيها، وإن كانت غيرَ متفرقةٍ، ولا يقعُ بها جمالٌ كاملٌ، ففيها حكومةٌ[3].

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٨): «الصَّعَر بفتح الصاد، والعين المهملة معًا، وآخره راء مهملة: ميل في العنق، وانقلاب في الوجه إلى أحد الشقين، عن الليث. وعن المبرد: أنه فسر قوله: وفي الصَّعَر الدية. باعوجاج الوجه». ينظر: «المغرب» (١/ ٤٧٣).

(١) أبو جعفر محمد بن عبد اللَّه بن محمد البَلْخي الحنفي الفقيه، كان يقال له من كماله في الفقه: أبو حنيفة الصغير. وكان على جانب كبير من الزهد والورع والذكاء، أفتى وحدَّث ببلخ، وتفقَّه على أبي بكر الأعمش، وتفقَّه عليه أبو الليث نصر بن محمد، توفِّي (٣٦٢هـ) ينظر: «الوافي بالوفيات» (٣/ ٣٤٧)، و«تاريخ الإسلام» (٨/ ٢٠٧)، و«الجواهر المضية» (٣/ ١٧٢).

(٢) الطاقات جمع الطاقة: وهي شُعْبَةٌ مِنْ رَيْحان أو شَعرٍ. «لسان العرب» (ط و ق).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٠٨)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣١٢)، و«الاختيار» (٥/ ٣٩)، و«البناية» (١٣/ ١٨٠).

وعلى هذا الخلافِ إذا حلَق حاجبيه، أو أشفارَ عينيه فلم تَنبُتْ، ففيه الدِّيةُ عندنا لما ذُكِر.

فأما شعرُ الصدرِ، وغيرُ ذلك من البدنِ ففيه حكومةٌ؛ لأنه لا يقعُ به الجمالُ الكاملُ، لعدمِ ظهورِه في العادةِ، ولا في ذهابِه نقصٌ أيضًا.

قال: وفي العينينِ الدِّيةُ، وفي اليدينِ الدِّيةُ، وفي الرِّجلينِ الدِّيةُ، وفي الأُذُنينِ الدِّيةُ، وفي الشفتينِ الدِّيةُ، وفي الأُنثيينِ الدِّيةُ، وفي ثديَي المرأةِ الدِّيةُ، وفي كلِّ واحدٍ من هذه الأشياءِ نصفُ الدِّيةِ.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي في حديثِ سعيدِ بنِ المسيبِ، أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «وفي العينينِ الدِّيةُ، وفي الأذنينِ الدِّيةُ، وفي اليدينِ الدِّيةُ، وفي الرجلينِ الدِّيةُ، وفي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيةُ، وفي الشفتينِ الدِّيةُ، وفي اللسانِ الدِّيةُ، وفي الذَّكَرِ الدِّيةُ»[1].

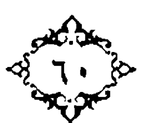
ورُوِي في الكتابِ الذي كتَبه النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمرِو بنِ حزمٍ: «في النفسِ الدِّيةُ، وفي الأنفِ الدِّيةُ، وفي اللسانِ الدِّيةُ، وفي العينينِ الدِّيةُ، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ»[1].

فأمَّا ثديُ المرأةِ، فلأنَّ في البدنِ منه اثنان، فيجبُ فيهما الدِّيةُ كاليدين، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ للخبرِ.

قال: وفي أشفارِ العينين الدِّيةُ، وفي أحدِهما ربعُ الدِّيةِ.

وذلك لأنَّ الأشفارَ أربعةٌ، لا نظيرَ لجملتِها في البدنِ، فإذا قُطِعتْ جميعُها

(١) تقدَّم.



وجبتِ الدِّيةُ كاليدين، ثُمَّ تُقسَمُ الدِّيةُ على عددِها، فيجِبُ في كلِّ واحدٍ ربعُ الدِّيةِ، كما انقسمَتْ على اليدين، فوجَب في كلِّ واحدةٍ نصفُ الدِّيةِ.

قال: وفي كلِّ أُصْبُعٍ من أصابعِ اليدينِ والرجلينِ عُشرُ الدِّيةِ.

وذلك لما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «في كلِّ أُصْبُعٍ عَشرٌ من الإبلِ»[1].

قال: والأصابعُ كُلُّها سواءٌ.

لظاهرِ الخبرِ، ولما رُوِي عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أنه قال: «هذه وهذه سواءٌ. وأشار إلى الخِنْصَرِ والإبهامِ»[2].

قال: وكلُّ أُصْبُعٍ فيها ثلاثةُ مفاصِلَ، ففي أحدِها ثلثُ ديةِ الأُصْبُعِ، وما فيها مِفصلانِ ففي أحدِهما نصفُ ديةِ الأُصْبُعِ.

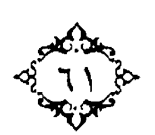
---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٥٦)، والنسائي (٤٨٦٠)، وفي «الكبرى» (٧٠٤٩، ٧٠٥٠)، وابن ماجه (٢٦٥٤) من طريق سعيد بن أبي عروبة، عن غالب التمار، عن حميد بن هلال، عن مسروق بن أوس، عن أبي موسى.

وأخرجه الطيالسي (٥١٣) واللفظ له، وأبو داود (٤٥٥٧)، والنسائي (٤٨٥٩)، وفي «الكبرى» (٧٠٤٨) من طريق (سعيد، وشعبة)، عن غالب التمار، عن مسروق، عن أبي موسى، من غير ذكر حميد بن هلال.

وأخرجه النسائي (٤٨٥٨)، وفي «الكبرى» (٧٠٤٧) من طريق أبي الأشعث، عن خالد بن الحارث، عن سعيد، عن قتادة، عن مسروق، عن أبي موسى. قال الدارقطني: «تفرد به أبو الأشعث، وليس هو عندي بمحفوظ عن قتادة». ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٣٢٦)، و«السنن» له (٣٤٨٤ - ٣٤٨٩)، و«مسند البزار» (٣٠٨٢- ٣٠٨٤).

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٩٥).



وهـذا جـارٍ على الأصلِ الذي قدَّمناه أنَّ الدِّيةَ تنقسِـمُ على عددِ ما في البدنِ من الأعضاءِ التي لا نظيرَ لها، فعلى هذا يَنقسِمُ ما في اليدِ الواحدةِ وهي نصفُ الدِّيـةِ على عـددِ ما فيها مـن الأصابعِ، ثُمَّ يَنقسِـمُ ما يجبُ فـي كلِّ أُصْبُعٍ على ما فيها من المفاصلِ، اعتبارًا باليدين والرجلين في انقسامِه على الأصابعِ.

قال: وفي كلِّ سِنٍّ خمسٌ من الإبلِ.

كذلك رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1].

قال: والأسنانُ والأضراسُ كلُّها سواءٌ.

لظاهرِ الخبرِ[2].

قال: ومن ضرَب عضوًا فأذهَبَ منفَعَتَه ففيه دِيةٌ كامِلةٌ كما لو قطَعه، كاليدِ إذا شُلَّتْ، والعينِ إذا ذهَب ضوءُها.

وذلك لما قدَّمناه أنَّ فواتَ منفعةِ العضوِ كذهابِ العضوِ، فيجبُ فيها ما يجبُ في العضوِ لو ذهَب.

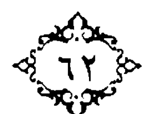
قال: والشِّجاجُ عشرةٌ، الحارِصـةُ[3]، والدامِعـةُ، والدامِيـةُ، والباضِعـةُ،

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٦٤) عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وأخرجه ابن ماجه (٢٦٥١) عن ابن عباس.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٥٨، ٤٥٥٩)، والترمذي (١٣٩١، ١٣٩٢)، والنسائي (٤٨٦٢، ٤٨٦٣)، وفي «الكبرى» (٧٠٥٢، ٧٠٥٣)، وابن ماجه (٢٦٥٢) من طرق عن شعبة، عن قتادة، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعًا، بلفظ: «الأَصَابِعُ سَوَاءٌ، وَالأَسْنَانُ سَوَاءٌ، الثَّنِيَّةُ وَالضِّرْسُ سَوَاءٌ، هَذِهِ وَهَذِهِ سَوَاءٌ».

(٣) في (أ٢، ح، ض١، م، ي): «الخارصة». وسوف يأتي تعريف المصنف لها، وقد نص في =



والمتلاحِمةُ، والسِّمْحاقُ، والمُوضِحَةُ، والهاشِمةُ، والمُنَقِّلةُ، والآمَّةُ. ففي المُوضِحَةِ القِصاصُ إن كان عَمْدًا، ولا قِصاصَ في بقيةِ الشجاجِ.

أما وجوبُ القِصاصِ في المُوضِحَةِ، فلأنَّه يمكنُ فيه المماثلةُ، وهو أن ينتهيَ بالسِّكينِ إلى العظمِ، وما يمكنُ فيه المماثلةُ يجبُ فيه القِصاصُ، كقطعِ اليدِ من المفصلِ.

فأمَّا بقيةُ الشِّجاجِ الذي فوقَ المُوضِحَةِ فلا يمكنُ استيفاءُ المماثلةِ فيها، على ما نُفَسِّرُه من صفاتِها، وما لا يمكنُ فيه المماثلةُ لا يَثْبُتُ فيه القِصاصُ، ولا خلافَ في هذه الجملةِ بين أصحابِنا.

وقد ذكَر محمدٌ في «الأصلِ»: أنَّ ما دون المُوضِحَةِ فيه القِصاصُ.

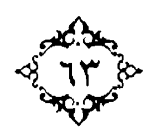
وروى الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: أنه لا قِصاصَ إلَّا في المُوضِحَةِ[1].

وجهُ روايةِ الحسنِ: أن ما دون المُوضِحَةِ لا حدَّ له ينتهي السكينُ إليه، فلم يمكنِ استيفاءُ المماثلةِ، فلم يجِبْ فيها القِصاصُ.

وجهُ ما ذكَره في «الأصلِ»: أنَّه يمكنُ تقديرُ غَوْرِ الجراحةِ بمقدارٍ، وتُعمَلُ حديدةٌ على قَدْرِه، وينفُذُ في اللحمِ حتى يشقَّه بقدْرِها، وإذا أمكن المماثلةُ وجَب القِصاصُ.

«الدر المختار» (٦/ ٥٨٠) أنها بمهملات. وينظر: «تاج العروس» (١٧/ ٥١١)، (ح ر ص)، (٢٢/ ٤٦٧)، (د م غ).

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٥٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٤٩، ٤٤٨-٤٥٠)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٥٨)، و«المبسوط» (٢٦/ ٧٤).



قال: وما دون المُوضِحَةِ ففيه حكومةُ عدلٍ[1].

رُوِي مثلُ ذلك عن عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ، أنَّه قال: «ما دونَ المُوضِحَةِ خدوشٌ فيها حكومةُ عدلٍ»[2]. وكذلك عن النخعيِّ[3]، وعن الشعبيِّ: «فيها أُجرةُ الطبيبِ»[4]. ولأنَّه لم يرِدْ في الشرعِ لها أرشٌ مقدَّرٌ فوجَب فيها أرشُ النقصانِ.

وقد اختَلَف أصحابُنا المتأخرون، في كيفيةِ الحكومةِ:

فقال الطحاويُّ: يقوَّمُ الحُرُّ لو كان عبدًا وهو صحيحٌ، ثُمَّ يقوَّم وبه الشَّجَّةُ، فما نقَص بين القيمتين فهو أرشُها من ديةِ الحرِّ، فوجَب أن ينقُصَ من ديةِ الحرِّ ما نقَص من قيمةِ العبدِ[5].

وقال أبو الحسنِ: ذلك يعرَف بالحَزْرِ والظنِّ[6].

ولو اعتبرنا ما قاله الطحاويُّ لأدَّى إلى أن يجبَ في قليلِ الشَّجةِ أكثرُ مما يجبُ في كثيرِها، نحوَ أن ينقصَ من قيمتِه بالشجةِ الصغيرةِ أكثرُ مما ينقصُ بالكبيرةِ، وهذا لا يصحُّ اعتبارُه.

فأمَّا تفسيرُ الشجاجِ:

---

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٥١)، و«الحُجَّة على أهل المدينة» (٤/ ٣٣٦)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٠٩)، و«الهداية» (٤/ ١٨٢).

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٨٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٣٦٠).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٣٥٨).

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٤٥١).

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٢٤).

فأولُها الحارِصةُ: وهي التي تَشُقُّ الجلدَ، ومنه قيل: حرَص القَصَّارُ الثوبَ، إذا خَرَقه بالدَّقِّ.

ثم الدامِعةُ: وهي التي يخرجُ منها مثلُ الدمعِ.

ثم الدامِيةُ: وهي التي يخرجُ منها الدمُ.

ثم الباضِعةُ: وهي التي تَبضُعُ اللحمَ.

ثم المتلاحِمةُ: وهي التي تذهبُ في اللحمِ أكثرَ مما تذهبُ الباضِعةُ.

ثم السِّمْحاقُ: وهي التي تصلُ إلى جلدةٍ رقيقةٍ فوقَ العظمِ، وتلك الجلدةُ تُسمَّى سِمْحاقًا لرقتِها، ومن ذلك قيل للغيمِ الرقيقِ: سماحيقُ.

ثم المُوضِحَةُ: وهي التي تُوضِحُ العظمَ.

ثم الهاشِمةُ: وهي التي تهشِمُ العظمَ.

ثم المنقِّلةُ: وهي التي يخرجُ منها العظمُ.

ثم الآمَّةُ: هي التي تصِلُ إلى الدماغِ، وهي جلدةٌ رقيقةٌ بين العظمِ والدماغِ.

وهاهنا شَجَّةٌ أخرى بعدَها، (١وهي الدامغةُ١): وهي التي تَخرِقُ الجلدَ وتَصِلُ إلى الدماغِ.

وإنما لم يذكُر الدامِغةَ؛ لأنَّ الإنسانَ في الغالبِ لا يعيشُ معها، فلا مدخلَ لها في جملةِ الشِّجاجِ.

ولا خلافَ في هذه الجملةِ بين أصحابِنا، إلَّا ما رُوي عن محمدٍ أنه جعَل

(١-١) ليس في (ح)، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة.

المتلاحِمةَ قبل الباضِعةِ، قال: وهي التي يتلاحمُ فيها الدمُ ويسوَدُّ[1].

وما ذكرناه أولًا من ترتيبِ الشِّجاجِ هو الذي رُوي عن أبي يوسفَ في «الإملاءِ»، وهذا الاختلافُ لا يعودُ إلى معنًى، وإنَّما هو اختلافُ عبارةٍ، ألا تَرى أنَّ محمدًا لا يمنعُ أن تكونَ الشَّجةُ التي ذهبَتْ في اللحمِ أكثرَ فيزيدَ أرشُها، وكذلك أبو يوسفَ لا يمنعُ أن تكونَ التي قبلَ الباضعةِ أقلَّ منها، فيقِلَّ أرشُها.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ هذه الشجاجَ تختصُّ بالوجهِ والرأسِ، ولا تكونُ في موضعٍ آخرَ من البدنِ؛ لأنَّ العربَ تسمِّي ما كان في الوجهِ والرأسِ شَجةً، وما كان في غيرِ ذلك من البدنِ جراحةً، فهذا من جهةِ اللغةِ، ومن جهةِ الحكمِ أيضًا، فهذه الشجاجِ إنَّما يثبتُ لها هذا الحكمُ لأجلِ الشَّيْنِ الذي يلحقُ ببقاءِ أثرِها، يبينُ ذلك أنها لو اندملَتْ، ولم يبقَ لها أثرٌ لم يجِبْ فيها أرشٌ، وإذا تعلَّق حكمُها بالشَّينِ اختصَّ بما يظهرُ من البدنِ في الغالبِ.

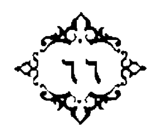
فأما ما سوى الوجهِ والرأسِ، فلا يظهرُ في العادةِ، فلا يحصُلُ فيها من الشَّينِ ما يحصلُ في الوجهِ والرأسِ.

قال: وفي المُوضِحَةِ إن كانت خطأً نصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الهاشمةِ عُشرُ الدِّيةِ، وفي المنقِّلةِ عُشرٌ ونصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الآمَّةِ ثُلثُ الدِّيةِ.

وذلك لما رُويَ في كتابِ عمرِو بنِ حزمٍ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «وفي المُوضِحَةِ خمسٌ من الإبلِ، وفي الهاشِمةِ عَشرٌ، وفي المنَقِّلةِ خمسةَ عشرَ،

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ٧٣)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٩٦)، و«الهداية» (٤/ ١٨٣).



وفي الآمَّةِ ثُلثُ الدِّيـةِ»[1].

قال: وفي الجائفةِ ثلثُ الدِّيةِ، فإن نفَذَتْ فهي جائفتان، ففيها ثلثا الدِّيةِ.

وذلك لما رُوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «في الجائفةِ ثلثُ الدِّيةِ»[2]. ورُوِي أنَّ أبا بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حكَم في جائفةٍ نفَذَتْ إلى الجانبِ الآخرِ بثلثي الدِّيةِ»[3]. وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ من غيرِ نكيرٍ.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ الجائفةَ لا تكونُ إلَّا في موضعٍ يصلُ إلى الجوفِ، كالظَّهرِ، والبطنِ، والصدرِ، والسُّرةِ؛ لأنَّها سُمِّيَتْ بذلك لوصولِها إلى الجوفِ، فاعتُبرَ أن تكونَ في موضعٍ تصلُ منه إلى الجوفِ.

قال: وفي أصابعِ اليدِ نصفُ الدِّيةِ، وإن قطَعَها مع الكفِّ، ففيها نصفُ الدِّيةِ.

وذلك لما رُوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «وفي اليدينِ الدِّيةُ، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ»[4]. ورُوي عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه قال: «في كلِّ أُصبُعٍ عشرٌ من

---

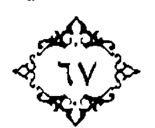
(١) تقدَّم عند النسائي (٤٨٥٣).

(٢) تقدَّم في حديث عبد اللَّه بن عمرو عند أبي داود (٤٥٦٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٧٦٢٣)، والبيهقي (٨/ ٨٥) عن سعيد بن المسيب. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/ ٤٩٠): «مرسل لأن سعيدًا لم يدرك أبا بكر، فإنه ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا».

(٤) قال ابن أبي العز الحنفي في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٩٠٣): «هذا اللفظ غير معروف».

وإنما أخرج عبد الرزاق (١٧٦٧٨)، وأبو داود في «المراسيل» (٢٦٦) عن الزهري: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في اليدين الدية، وفي الرجلين الدية». =



الإبلِ»[1]. فلمَّا أوجَب نصفَ الدِّيةِ في الأصابعِ منفردةً، وأوجبها في اليدِ، دلَّ على أنَّ الكفَّ تَبَعٌ للأصابعِ.

قال: فإن قَطَعَها مع نصفِ الساعدِ، ففي الكفِّ نصفُ الدِّيةِ، وفي الزيادةِ حكومةُ عَدْلٍ[2].

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

قال أبو حنيفة: لا يتبَعُ أصابعَ اليدِ إلَّا الكفُّ، وأصابعَ الرِّجْلِ إلَّا القدمُ، وكذلك روى محمدٌ، عن أبي يوسفَ.

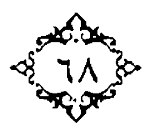
ورَوَى بشرٌ، عن أبي يوسفَ: أنَّ ما زاد على أصابعِ اليد والرِّجلِ فهو تبَعٌ لها إلى المَنْكِبِ، وإلى الفخِذِ، وهو قولُ ابنِ أبي ليلى.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنَّ الدِّيةَ تجبُ في الأصابعِ والكفُّ تبعٌ، بدليلِ أنه لو أفرَد الأصابعَ بالقطعِ وجَب نصفُ الدِّيةِ، ولو قطَعها مع الكفِّ يجبُ نصفُ الدِّيةِ أيضًا، فلا يخلو أن يجعلَ الذراعَ تبعًا للأصابعِ أو للكفِّ، ولا يجوزُ أن يتبَعَ الأصابعَ؛ لأنه يفصِلُ بينهما عضوٌ، فلا يكونُ تبعًا لها كما لا تكونُ الشَّجةُ تبعًا للأصابعِ، ولا يجوزُ أن يتبعَ الكفَّ؛ لأنَّه تبَعٌ في نفسِه، فلا يتبعُه تبعٌ آخرُ.

وروى عبدالرزاق (١٧٦٨٣) عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في اليد نصف العقل... الحديث». فالمصنف رَحِمَهُ اللهُ نقل الحديث بالمعنى من حديثين.

(١) تقدَّم.

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ٨٢)، و«الهداية» (٤/ ١٨٤)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٣٣).



وجهُ قولِ أبي يوسفَ: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في اليدين الدِّيةُ، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ». واليدُ عبارةٌ عن العضوِ إلى المَنْكِبِ، ولأنَّ ما ليس له أرشٌ مقدَّرٌ، فإنَّه إذا اتصل بما له أرشٌ مقدَّرٌ يتبعُه، أصلُه الكفُّ.

وإذا ثبَت من أصلِ أبي حنيفةَ أنه يجبُ في الكفِّ الدِّيةُ، وجَب فيما زاد عليه حكومةٌ؛ لأنَّه ليس له أرشٌ مقدَّرٌ.

قال: وفي الأُصبُعِ الزائدِ حكومةُ عدلٍ.

لأنَّه لا منفعةَ فيها، ولا زينةَ، ولم يقدِّرْ لها الشرعُ أرشًا، فيرجِعُ إلى قيمةِ العدلِ.

قال: وفي عينِ الصبيِّ وذكَرِه ولسانِه إذا لم تُعلَمْ صحتُه، حكومةُ عدلٍ.

وقال الشافعيُّ: ديةٌ كاملةٌ[1].

لنا: أنَّ هذه الأعضاءَ المقصودُ بها المنفعةُ، فما لم تُعلَمْ صحتُها لا يجبُ فيها أرشٌ كاملٌ، وقد يُعلمُ ذلك في الذَّكرِ بالحركةِ، وفي اللسانِ بالكلامِ، وفي العينِ بما يُستدَلُّ به على النظرِ، فمتى وُجِد ذلك تبيَّنَّا أنَّه أتلَف عضوًا منفعتُه كاملةٌ، فلزِمَه كمالُ الأرشِ، وإذا لم يوجَدْ ذلك لم تُعلَمِ الصحةُ، فلم يلزَمْه أرشٌ كاملٌ بالشكِّ.

فإن قيل: الأصلُ أنها صحيحةٌ فيجبُ أن يُحكمَ على الأصلِ.

قيل له: هذا ظاهرٌ، والظاهرُ لا يستحقُّ به حقًّا على الغيرِ.

(١) ينظر: «الأم» (٦/ ١٣٢)، (٧/ ٣٣٣)، و«نهاية المطلب» (١٦/ ٣٤٦)، و«تحفة المحتاج» (٨/ ٤٨٠).

قال: ومن شجَّ رجلًا فذهب عقلُه، أو شعرُ رأسِه، دخَل أرشُ المُوضِحَةِ في الدِّيةِ.

أمَّا إذا ذهَب عقلُه، فلأنَّ منفعةَ العقلِ تتعلَّقُ بجميعِ البدنِ، فبفواتِه تبطُلُ منفعةُ جميعِ الأعضاءِ، فصار كأنَّه أوضحَه فمات، فلا يجبُ أكثرُ من الدِّيةِ. هذا قولُهم.

وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: إنَّ المُوضِحَةَ والعقلَ جنايتان اختلَف محلُّهما والمقصودُ بهما، فلم يُدخِلْ إحداهما في الأخرى، كأرشِ اليدين.

وأما إذا ذهَب الشعرُ ولم ينبُتْ، فلأنَّ أرشَ المُوضِحَةِ يجبُ بفواتِ جزءٍ من الشعرِ، ألا تَرى أنَّ الشعرَ لو نَبتَ سقَط الأرشُ، والدِّيةُ وجبَتْ لفواتِ كلِّ الشعرِ، وقد تعلَّقا بسببٍ واحدٍ فيدخُل الجزءُ في الجملةِ، كمن قطَع أُصبعَ رجلٍ فشُلَّتْ يدُه.

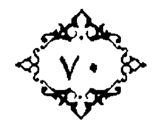
وقد قال زفرُ: إنَّه لا يدخلُ في الدِّيةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما جنايةٌ فيما دونَ النفسِ، فلا تَدخُلُ إحداهما في الأخرى، كسائرِ الجناياتِ.

قال: وإن ذهَبَ سمعُه، أو بصرُه، أو كلامُه، فعليه أرشُ المُوضِحَةِ مع الدِّيةِ[1].

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وأبي يوسفَ، فيما رواه عنه بشرٌ.

---

(١) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧١٩)، و«المبسوط» (٢٦/ ٩٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣١٧)، و«الهداية» (٤/ ١٨٥).



ورَوى عنه ابنُ زيادٍ: أنَّ الشجةَ تدخُلُ في ديةِ السمعِ والكلامِ، ولا تدخلُ في ديةِ البصرِ خاصةً.

وجهُ قولِهما: أنَّ الشجةَ والسمعَ كلُّ واحدٍ منهما دون النفسِ، ومنفعتُه تختصُّ به، فلا يدخُلُ بعضُه في بعضٍ، كالأعضاءِ المختلفةِ.

ولا يشبهُ العقلَ؛ لأنَّ منفعتَه لا تختصُّ به، بل تعودُ إلى جميعِ الأعضاءِ، فهو بمنزلةِ الروحِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ السمعَ والكلامَ كلُّ واحدٍ منهما باطنٌ، فيدخلُ أرشُ الموضحةِ في ديتِه، كالعقلِ، وليس كذلك البصرُ؛ لأنَّه ظاهرٌ، فلا يدخُلُ فيه أرشُ الموضحةِ، كاليدِ والرِّجلِ.

قال: ومن قطَع أصبُعَ رجلٍ فشُلَّتْ أخرى إلى جنبِها ففيها الأرشُ، ولا قِصاصَ فيه عند أبي حنيفةَ[1].

والكلامُ في هذه المسألةِ يقعُ في موضعين:

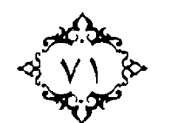
أحدِهما: أنَّ الأصبُعَ البائنةَ لا قِصاصَ فيها عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وروى ابنُ سماعةَ، عن محمدٍ: أنَّ فيها القِصاصَ.

وجهُ قولِهما: أن قطعَ الأولى صار سببًا في إتلافِ الثانيةِ، لا على طريقِ السِّرايةِ، وما تلَف بسببٍ فلا قِصاصَ فيه، أصلُه حفرُ البئرِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٢، ٣٣)، و«المبسوط» (٢٦/ ١٥١، ١٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٠٦)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٣٣).



إنَّما قلنا: إنَّ هذا لم يحصُلْ على طريقِ السِّرايةِ، هو أنَّ السرايةَ لا تثبُتُ من عضوٍ إلى عضوٍ، وإنما تثبُتُ من جزءٍ إلى جملةٍ، كما إذا سَرَتْ إلى النفسِ؛ لأنَّ الألَمَ يتصلُ بالقلبِ فيحدثُ الموتُ منه، فصار كإيقاعِ الجنايةِ في النفسِ، والطَّرَفُ بخلافِه.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ القطعَ لما حصَل على طريقِ العمدِ كان ما تولَّد منه في حكمِه في وجوبِ القصاصِ، أصلُه إذا سَرتْ إلى النفسِ.

وإذا ثبَت من أصلِهما أنَّه لا قِصاصَ فيها، وجَب فيها الأرشُ.

والموضعِ الآخرِ: هو أنَّ الأولى قد سقَط القِصاصُ فيها عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ، والحسنُ، وزفرُ: فيها القصاصُ. وهو قولُ الشافعيِّ(١).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الجنايةَ وما يتولَّدُ منها في حكمِ الجنايةِ الواحدةِ، بدليلِ أنها إذا كانت عمدًا فسرايتُها كذلك، وإن كانت خطأً فكذلك سرايتُها، ولو أُذن فيها سقَط حكمُ ما يتولَّدُ منها، فصار كأنَّه أُذِن فيه، وقد ثبَت أنَّ ما آلَتْ إليه يوجِبُ المالَ، فلا يجوزُ إيجابُ القِصاصِ فيها؛ لأنَّ الجنايةَ الواحدةَ لا توجِبُ المالَ والقِصاصَ جميعًا.

وجهُ قولِهما: أنَّ القِصاصَ قد وجَب بالأُولى، بدليلِ أنَّها لو وقعَتْ ولم تَسرِ وجَب القِصاصُ، فلم يَسقُطِ القِصاصُ بالجنايةِ الثانيةِ، أصلُه إذا رمَى إلى رجلٍ فنفَذ السهمُ إلى آخرَ.

---

(١) ينظر: «الأم» (٦/ ٧٨)، و«العزيز شرح الوجيز» (١٠/ ٢٢٩).



الجوابُ: أنَّ هذا ليس بسِرايةٍ؛ لأنَّ السِّرايةَ لا تكونُ من نفسٍ إلى نفسٍ، وإنَّما هذه جنايةٌ أخرى، فجاز أن ينفردَ حكمُها عن الأولى، يبيِّنُ ذلك أنَّ الرميَ إلى الأولِ لو كان مأذونًا فيه لم يُسقِطْ ضمانَ الثاني، فدلَّ أنهما جنايتان.

قال: وإن قلَع سنَّ رجلٍ فنبتَ مكانَها أخرى سقَط الأرْشُ[1].

وقال الشافعيُّ في أحد قوليه: عليه الضمان[2]. وهو قولُ أبي يوسفَ، ومحمدٍ.

لنا: أنَّ ضمانَ السنِّ يجبُ لفواتِ الانتفاعِ بها أو الزينةِ، وقد عاد الفائتُ بكمالِه، فلم يجِبْ على الجاني ضمانٌ، كما لو شجَّه فالتحمَتْ وعاد الشعرُ، وكما لو قلَع سنَّ صبيٍّ لم يُثْغَرْ[3].

فإن قيل: سنُّ الكبيرِ لا تعودُ في الغالبِ، فإن عادَت فتلك هبةٌ من اللَّهِ تعالى فلا تُسقِطُ الضمانَ، كمن قطَع شجرةً لرجلٍ فنبَتَتْ أخرى.

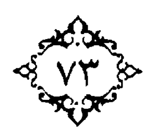
قيل له: المعنى في الشجرِ أنَّ الضمانَ يجبُ بإتلافِ المِلكِ لا بإتلافِ الانتفاعِ، بدليلِ أنه لو قطَع شجرةً يستضرُّ بها مالكُها لزِمَه الضمانُ وإتلافُ الملكِ حاصلٌ، وفي مسألتِنا يلزمُه الضمانُ لفواتِ الانتفاعِ والزينةِ، وقد عاد فلم يفُتْ بالجنايةِ شيءٌ.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ١٨٦)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٣٧)، و«العناية» (١٠/ ٢٩٤).

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ١٨٣)، و«نهاية المطلب» (١٦/ ٣٨٩، ٣٩٠)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٢٤٩).

(٣) أي: لم تبدُ أسنانُه.



قال: ومن شَجَّ رجلًا فالتحَمَتِ الشَّجةُ، ولم يَبْقَ لها أثرٌ، ونبَتَ الشعرُ سقَط الأرْشُ عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسف: عليه أرشُ الألمِ. وقال محمدٌ: عليه أجرةُ الطبيبِ[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الضمانَ إنما يجبُ في الشجةِ لأجلِ الشَّيْنِ الذي يَحصُلُ بالأثرِ، فإذا عاد على ما كان عليه فكأنها لم تكُنْ ولا شَيْنَ، فلا يجوزُ إيجابُ الأرشِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الأجزاءَ وإن عادَتْ فالألمُ باقٍ فوجَب تقويمُه له.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ ما لزِمه من أجرةِ الطبيبِ كأنَّه بفعلِه، فصار كأنه أخذ ذلك القدْرَ من مالِه.

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ المنافعَ عندنا لا تُتَقَوَّمُ إلا بعقدٍ أو شبهةِ عقدٍ، ولم يوجَدْ ذلك في حقِّ الجاني، فلم يلزَمْه الغُرمُ.

قال: ومن جَرَحَ رجلًا جِراحةً لم يُقتَصَّ منه حتى يَبرَأ[2].

وقال الشافعيُّ: يُقتَصُّ منه في الحالِ[3].

لنا: حديثُ جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يُستَأنى بالجِراحاتِ سنةً»[4]. وفي حديثِ عمرِو بنِ شعيبٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى أن يُقتَصَّ

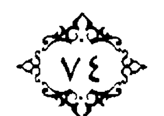
---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٣١٦، ٣٢٤)، و«الهداية» (٤/ ١٨٧)، و«الاختيار» (٥/ ٤٣).

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ١٨٨)، و«العناية» (١٠/ ٢٩٧)، و«البناية» (١٣/ ٢١٢).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ٦٠).

(٤) أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٨٤)، والدارقطني (٣١٢٢)، والبيهقي (٨/ ٦٧) =



من جُرْحٍ حتَّى يَنتَهِيَ»[1]. ولأنها جنايةٌ لم تستقرَّ فلم يجُزِ استيفاءُ القصاصِ فيها، كما لو قطَع يدَه من نصفِ الساعدِ.

فإن قيل: إنه أحدُ نوعي القِصاصِ فجاز أن يجبَ معجَّلًا، أصلُه القصاصُ في النفسِ؟

قيل له: نقولُ بموجبِه؛ لأنَّ عندنا فيما دونَ النفسِ يجبُ معجَّلًا إذا كان مستقرًّا.

قال: ومن قَطَعَ يدَ رجلٍ خطأً، ثُمَّ قتَلَه قبلَ البُرْءِ، فعليه الدِّيةُ، وسقَط عنه أرشُ اليدِ.

وذلك لأنَّ الجناياتِ المجتمعةَ بمنزلةِ الجنايةِ الواحدةِ بدليلِ اتفاقِ حكمِها، وحكمُ الجنايةِ قبلَ البَدءِ مراعًى لا نحكمُ فيها بشيءٍ لجوازِ أن تؤولَ إلى النفسِ فيَسقُطُ حكمُها ويَثبُتُ حكمُ النفسِ، فإذا لم تستقرَّ الجنايةُ الأولى ووُجِدَتِ الثانيةُ سقَط حكمُ الأولى، فكأنه أتلَفه بجنايةٍ واحدةٍ فتجبُ الدِّيةُ خاصةً، ولا يشبهُ هذا إذا قطَع يدَه خطأً، ثُمَّ قتَله عمدًا لأنهما جنايتان، واختلافُ الجنايتين كاختلافِ الجانيين، ومعلومٌ أنَّ جنايةَ أحدِ الجانيين لا تدخلُ في جنايةِ الآخرِ، كذلك الجنايتين المختلفتين.

قال: وكلُّ عمدٍ سقَط فيه القِصاصُ لشبهةٍ، فالدِّيةُ في مالِ القاتلِ.

من طريق أبي الزبير، عن جابر. وقال البيهقي: «لم يصح شيء من ذلك، وروي من وجه آخر عن ابن عباس». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٧٦).

(١) أخرجه الدارقطني (٣١١٤)، والبيهقي (٨/ ٦٧) من طريق محمد بن حمران، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ينظر: «تنقيح التحقيق» (٤/ ٤٩٢).



وذلك لما رُويَ عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال: «لا تَعقِلُ العاقلةُ عمدًا، ولا عبدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا»[1]. وهذا لا يُعلمُ إلَّا من طريقِ التوقيفِ، فكأنَّه رواه عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ويكونُ في ثلاثِ سنين؛ لأنها ديةٌ وجبَتْ بنفسِ القتلِ فكانت مؤجلةً، كالتي وجبَتْ بالخطأِ[2].

قال: وكلُّ أرشٍ وجَب بالصلحِ، فهو في مالِ القاتلِ.

لظاهرِ الخبرِ، ويكونُ في مالِه حالًّا؛ لأنَّه مالٌ واجبٌ بعقدٍ، فصار كالثمنِ في البيعِ، فلا يثبتُ مؤجَّلًا إلا بالتأجيلِ.

قال: وإذا قتَل الأبُ ابنَه عمدًا فالدِّيةُ في مالِه في ثلاثِ سنين[3].

وقال الشافعيُّ: تجبُ حالَّةً[4].

لنا: أنَّ الدِّيةَ وجبَتْ بنفسِ القتلِ فوجبَ أن تكونَ مؤجلةً، كديةِ الخطأِ وشبهِ العمدِ، هذا على طريقةِ أصحابِنا في المسألةِ؛ وهي أنَّ هذا القتلَ لا يَتعلَّقُ به

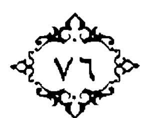
---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٣٧٦)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ١٠٤) من طريق عبد الملك بن حسين النخعي، عن عبد اللَّه بن أبي السفر، عن عامر، عن عمر. وقال: «وهو عن عمر منقطع، والمحفوظ عن عامر الشعبي من قوله». وعبد الملك بن حسين ضعيف. ينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١/ ٥٢٦)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٧٩).

(٢) جعل العبارة في (ر، ض١) من المتن فسبقها بقوله: «قال».

(٣) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٥٨)، (٧/ ٣٢٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٨٣)، و«المبسوط» (٢٦/ ٩١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٥، ٢٥٦).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٣٦، ٤١)، و«البيان» (١١/ ٥٩٢)، و«المجموع» (١٩/ ١٥٠).



القصاصُ بحالٍ.

فأمَّا على طريقةِ أبي الحسنِ أنَّ موجبَ القتلِ القصاصُ، ويسقطُ لتعذُّرِ الاستيفاءِ، فإنَّه يقولُ: إنَّ القِصاصَ لمَّا لم يستقرَّ وجوبُه فصار كأنَّه لم يجِبْ، وحَلَّ محلَّ ملكِ الوكيلِ الذي لا يستقرُّ.

فإن قيل: عمدٌ يَسقطُ فيه القصاصُ فما يجبُ فيه من الأرشِ يكونُ حالًّا، كمَن قطَع يدَ رجلٍ من نصفِ الساعدِ.

قيل له: هناك القِصاصُ واجبٌ لو أمكنتِ المماثلةُ، فإذا سقَط لتعذرِ المماثلةِ وجبَ الأرشُ حالًّا، وفي مسألتِنا لا يتوهمُ وجوبُ القصاصِ، فوجَب البدلُ مؤجلًا.

قال: وكلُّ جنايةٍ اعترَفَ بها الجاني فهي في مالِه، ولا يُصَدَّقُ على عاقلتِه.

وإنما كان كذلك لقولِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تَعقِلُ العاقلةُ صلحًا ولا اعترافًا»[١].

ولأنَّ اعترافَه يتضمَّنُ شيئين:

أحدهما: وجودُ الجنايةِ منه.

والثاني: لزومُ الأرشِ للعاقلةِ، فيصدقُ على نفسِه ولا يصدُقُ على العاقلةِ، فتكونُ في مالِه مؤجلةً؛ لأنها وجبَتْ بنفسِ القتلِ.

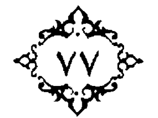
قال: وعمدُ الصبيِّ والمجنونِ خطأٌ[٢].

لأنَّ القِصاصَ عقوبةٌ والصبيُّ والمجنونُ ليسا من أهلِ العقوبةِ، ولأنَّ الأحكامَ

---

(١) تقدَّم.

(٢) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٧٦)، و«النتف» (٢/ ٦٦٥)، و«المبسوط» (٢٦/ ٨٦).



المختصةَ بالعمدِ لا يتعلَّقُ بفعلِهما من القصاصِ والمأثمِ، فصار بمنزلةِ الخطأِ.

قال: وفيه الدِّيةُ على العاقلةِ.

وقال الشافعيُّ، في أحدِ قوليه: تجبُ الدِّيةُ في مالِه وتتغلَّظُ فتكونُ حالَّةً[1].

لنا ما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال: «عَمْدُ الصبيِّ خطأٌ»[2]. ورُوِيَ: «أنَّ مجنونًا سعَى على رجلٍ بالسيفِ فقتَله، فقضَى عليٌّ بالدِّيةِ على عاقلتِه، وقال: عَمْدُه وخطؤه سواءٌ»[3]. ولا مخالفَ له.

ولأنَّ عَمْدَه دونَ خطأِ البالغِ بدليلِ أنَّ البالغَ يلحقُه اللومُ والإثمُ في التفريطِ ولا يلحقُ الصبيَّ، فإذا لم تتغلَّظْ في حقِّ البالغِ وكان على العاقلةِ، فهذا أولى.

فإن قيل: رَوَى ابنُ عباسٍ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «لا تَعْقِلُ العاقِلةُ عَمْدًا، ولا عَبدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا»[4].

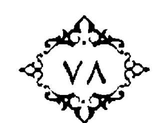
---

(١) ينظر: «الأم» (٦/ ٤١، ١٠٦، ١٢٧)، و«الحاوي» (٨/ ٤٨)، (١٢/ ١٢٧، ١٣٠)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٦٤).

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٦١) من طريق حسين بن عبد اللَّه بن ضميرة، عن أبيه، عن جده، قال علي. قال ابن عبد البر في «الاستيعاب» (٨/ ٥٠): «الإسناد ليس بقوي».

(٣) ذكره في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٠)، و«التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٩٠٥).

(٤) أخرجه محمد بن الحسن في «الموطأ» (ص ٢٢٨)، ومن طريقه أبو عبيد في «غريب الحديث» (٤/ ٤٤٥، ٤٤٦) من طريق عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن عبيد اللَّه بن عبد اللَّه بن عتبة، عن ابن عباس موقوفًا. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٩): «غريب مرفوعًا».
وأخرجه أبو عبيد في «غريب الحديث» (٤/ ٤٤٥)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ١٠٤) من طريق عبد اللَّه بن إدريس، عن مطرف، عن الشعبي قوله. وينظر: «التنبيه» لابن التركماني (٢٢١١)، و«البدر المنير» (٨/ ٤٧٥).



قيل له: الصحيحُ من الخبرِ أنه قولُ ابنِ عباسٍ، على أنَّ إطلاقَ العملِ لا يتناولُ فعلَ الصبيِّ بدليلِ أنَّ الأحكامَ المختصةَ بالعملِ لا تتعلقُ بفعلِه.

فإن قيل: ضمانُ مالٍ بالإتلافِ، فاستوى فيه الصغيرُ والكبيرُ، أصلُه قيمةُ المتلفاتِ.

قيل له: هناك يستوي في أحكامِها العمدُ والخطأُ فاستويا في الضمانِ، وهاهنا يختلفُ فيها العمدُ والخطأُ، فجاز أن يختلفَ (١ بالصغيرِ والكبيرِ ١).

قال: ومن حفَر بئرًا في طريقِ المسلمين، أو وضَع حجرًا، فتلِف بذلك إنسانٌ، فديتُه على عاقلتِه.

أما وجوبُ الضمانِ فلأنه فعلٌ تُعدِّيَ فيه، فما يتولَّدُ منه يكونُ مضمونًا، كالذي يتولدُ من الذِّميِّ، وتكونُ ديةُ ذلك على العاقلةِ إذا بلغ قدْرًا تتحمَّلُه العاقلةُ، وذلك لأنَّ ضمانَ الآدميِّ جنايةٌ، وما يجبُ بالجنايةِ يكونُ على العاقلةِ كما يكونُ بالقتلِ.

قال: وإن تَلِف فيها بهيمةٌ فضمانُها في مالِه.

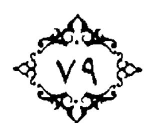
لأنه ضمانُ مالٍ فلا تتحملُه العاقلةُ، أصلُه الدُّيونُ.

قال: وإن أشْرَعَ في الطريقِ رَوْشَنًا[٢]، أو ميزابًا، أو كنيفًا، فسَقَطَ على إنسانٍ فعَطِبَ، فالدِّيةُ على عاقِلَتِه.

(١-١) في (ر، ض١، غ، م): «بالصغر والكبر».

(٢) قال في حاشية (ش): «الروشن الرف، وقيل: الممر على العلو مثل الرف».

وقال في «تاج العروس» (٢٣/ ٣٦١) (ر ف ف): هو شبه الكوة يجعل في البيت، يدخل منه الضوء.



وهذا على ما بيَّنَّاه في وضْعِ الحجرِ وحَفْرِ البئرِ سواءٌ، وعلى هذا لو صَبَّ إنسانٌ ماءً في الطريقِ فزلِق به إنسانٌ فعَطِب فالدِّيةُ على عاقِلَتِه، وإن تَلِف به غيرُ الآدميِّ فالضمانُ في مالِه، لما بيَّنَّاه في حفرِ البئرِ ووضْعِ الحجرِ.

قال: ولا كفَّارةَ على حافِرِ البئرِ وواضِعِ الحَجَرِ[1].

وقال الشافعيُّ: عليه الكفارةُ[2].

لنا: أنه ليس بقاتلٍ بدليلِ أنه لم يوقِعْ فعلًا في المقتولِ ولا فيما اتَّصَل به، ولأنَّه لو فعَل ذلك في مِلْكِه لم يَضمَنْ به، ولو كان قاتلًا لاستوى أن يكونَ الفعلُ في مِلكِه أو في غيرِ مِلكِه كالرمي.

فإن قيل: الواقعُ في البئرِ مقتولٌ ولهذا يضمنُ بالدِّيةِ، ويستحيلُ أن يكونَ مقتولًا لا قاتلَ له، ولا قاتلَ غيرُ الحافرِ الضامنِ لجنايتِه.

قيل له: إذا منعنا أن يكونَ الحافرُ قاتلًا، لم نقُلْ: إنَّ الواقعَ في البئرِ مقتولٌ. بل نقول: هالكٌ، وميتٌ، وتالفٌ. وإذا ثبَت أنه ليس بقاتلٍ لم تلزَمْه الكفارةُ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى أوجَبَها على القاتلِ.

فإن قيل: فِعْلٌ تُضمَنُ به نفسُ الحُرِّ فوجَب أن يلزمَه الكفارةُ كالمباشرةِ.

قيل له: لا يمتنِعُ أن يضمنَ النفسَ بسببٍ لا يوجبُ الكفارةَ، كالنصرةِ في العاقلةِ، وكرجوعِ الشهودِ بالقتلِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٧٢)، و«المبسوط» (٢٦/ ٦٨)، و«الهداية» (٤/ ١٥٩).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٨٥)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٠٤)، و«كفاية النبيه» (١٦/ ١٩).



وعلى هذا الخلافِ أيضًا: القائدُ والسائقُ لا كفارةَ عليه عندنا، وعنده تجبُ الكفارةُ.

قال: ومن حفَر بئرًا في مِلكِه فعَطِبَ بها إنسانٌ لم يضمَنْ.

لأنَّه غيرُ متعدٍّ في ذلك، فما يتولَّدُ منه لا يلزمُ به الضمانُ.

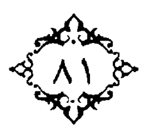
وقد قالوا: لو قعَد في الطريقِ ليستريحَ أو لمرضٍ أو لضعفِه فعثَر به إنسانٌ ضَمِن؛ لأنَّ المشيَ في الطريقِ مباحٌ بشرطِ السلامةِ، يبيِّنُ ذلك أنَّ اللَّهَ تعالى أباح الرميَ إلى الصيدِ، ولو رمَى صيدًا فأصاب إنسانًا أو شاةً ضَمِنَ، فاعتُبر فيه السلامةُ كذلك هذا.

وقد قالوا: لو كان لابسًا لطَيْلَسانٍ أو غيرِه فوقَع ذلك في الطريقِ فعطِب به إنسانٌ فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّ هذا مما لا يمكنُ الاحترازُ منه، فلا يتعلقُ به حكمٌ.

ولو كان حاملًا لذلك فوَقع في الطريقِ فعطِب به إنسانٌ لزِمَه الضمانُ؛ لأنَّ الحملَ يمكنُ الاحترازُ منه وله منه بدٌّ[1]، فما يتولدُ منه مضمونٌ؛ لأنه أُبيح له حملُه على شرطِ السلامةِ.

وقد قالوا: في أهلِ المسجدِ إذا بَنَوْا فيه بناءً، أو حفَروا بئرًا، أو وضَعوا حصيرًا، فعطِبَ به إنسانٌ، لا ضمانَ عليهم؛ لأنَّ النظرَ في مصالحِ المسجدِ إليهم فما فعَلوا فيه فلا ضمانَ عليهم فيه، كالوصيِّ والأبِ إذا فعلوا ذلك في دارِ اليتيمِ، ووليِّ الوقفِ إذا فعَل ذلك في الوقفِ.

(١) في (أ٢، ش): «يد»، وفي (ل): «ند».



فأما إذا بنَى رجلٌ من غيرِ أهلِ المسجدِ بناءً في المسجدِ، أو حَفَر بئرًا، أو علَّق قِنديلًا، أو وضَع حصيرًا، فعَطِبَ به إنسانٌ، فهو ضامنٌ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: لا ضمانَ عليه، إلَّا في البناءِ والحَفْرِ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ النظرَ في مصالحِ المسجدِ إلى أهلِه وليس إلى غيرِهم، بدلالةِ أنَّ لهم أن يمنعوا غيرَهم من عملِه، فصار من ليس من أهلِه كمن وضَع حجرًا أو شيئًا في دارِ غيرِه، ولأنَّه لو لم يضمَنْ في القنديلِ لم يضمَنْ في الحصيرِ، كأهلِ المسجدِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ المسجدَ لجميعِ الناسِ، وقد أُذِن للمسلمين في عمارتِه، بقولِه تعالى: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾ [التوبة: ١٨]. وقال تعالى: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦]. إلا أنَّ لأهلِ المسجدِ اختصاصٌ به فصار كالمالكِ وغيرُهم كالمستعيرِ، ومعلومٌ أنَّ للمستعيرِ أن يضعَ في الدارِ الحصيرَ والقِنديلَ، وليس له أن يَحفِرَ فيها ولا يبنيَ فيها، كذلك هذا.

قال: والرَّاكبُ ضامنٌ لِما وطِئَتِ الدابةُ وما أصابَتْهُ بيدِها أو كدَمَتْ، ولا يَضْمَنُ ما نَفَحَتْ برجلِها أو ذَنَبِها.

وكلُّ ما تولَّد من السَّيرِ مما يمكنُ الاحترازُ منه فهو مضمونٌ، وما لا يمكنُ الاحترازُ منه فليس بمضمونٍ، وإنما كان كذلك؛ لأنه لو ضمِنَ ما لا يمكنُ الاحترازُ منه كان ذلك منعًا من التصرفِ، وما يمكنُ الاحترازُ منه لا يؤدي ضمانُه إلى منعِ التصرفِ، لما كان قادرًا على التحفظِ منه.



وإذا ثبت هذا قلنا: الراكبُ يمكنُه الاحترازُ من الوطءِ بالدابةِ، ومما تصيبُ بيدِها، ومما تطأُ برجلِها، ومن الكَدْمِ والصدمِ، فكان ذلك مضمونًا عليه.

فأما ما نفحَتْ برجلِها وهي تسيرُ أو بذَنَبِها فلا ضمانَ فيه؛ لأنَّه لا يمكنُ الاحترازُ منه، ولقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الرِّجْلُ جُبَارٌ[(1)]». أي: نَفْحةُ الرِّجلِ.

وقد قالوا: إنَّ ما ثار من الغبارِ بالمشيِ أو بسيرِ الدابةِ لا يَضمَنُ ما تولَّد منه؛ لأنه لا يمكنُ الاحترازُ منه، وكذلك ما أثارَتِ الدابةُ بسنابِكِها من الحصى الصغارِ، فأمَّا الحصى الكبارُ فالراكبُ يَضمَنُ ما تولَّد منه؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا بالعنفِ في السيرِ، وذلك مما يمكنُ الاحترازُ منه.

وقد قالوا: لو وقَف في الطريقِ صاحبُ الدابةِ فهو ضامنٌ في ذلك كلِّه، النفحةِ بالذنَبِ والرِّجلِ؛ لأنه مأذونٌ في السيرِ دون الوقوفِ؛ لأنَّ الإذنَ انصرف إلى ما لا يضرُّ بغيرِه، والسيرُ لا يضرُّ بأحدٍ، والوقوفُ يضرُّ؛ لأنه يمنعُ الانتفاعُ بتلك البقعةِ على الدوامِ، فصار متعدِّيًا في ذلك فضمِن ما تولَّد منه، وسواءٌ كان مما يمكنُ الاحترازُ منه أو لا يمكنُ.

---

(1) رسمها في (ع): «جَبَّار»، وفي (غ): «خيار الرجل»، وفي (ل، م): «خيار».

والحديث أخرجه أبو داود (٤٥٩٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٨٨)، والبيهقي (٨/ ٣٤٣) من طريق سفيان بن حسين، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة. قال الشافعي في «الأم» (٧/ ١٥٨): «هو غلط والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا». وقال الدارقطني: «هو وَهْمٌ». وقال البيهقي: «هذه الزيادة ينفرد بها سفيان بن حسين، عن الزهري، وقد رواه مالك بن أنس، والليث بن سعد، وابن جريج، ومعمر، وعقيل، وسفيان بن عيينة، وغيرهم عن الزهري، لم يذكر أحد منهم فيه: الرجل». ينظر: «سنن الدارقطني» عقب الحديث (٣٣٠٦).



قال: فإن راثَتْ، أو بالَتْ في الطريقِ فعَطِبَ به إنسانٌ لم يضمَنْ.

لأنَّ هذا في حالِ السيرِ لا يمكنُ الاحترازُ منه فلا يتعلقُ به ضمانٌ، فإن كان ذلك وهو واقفٌ ضَمِنَ؛ لأنَّ وقوفَه غيرُ مأذونٍ فيه، فما تولَّد منه يكونُ مضمونًا[1].

قال: والسائقُ ضامِنٌ لما أصابَتْ بيدِها ورِجلِها.

لأنَّه قرَّب الدابةَ إلى الجنايةِ، ويمكنُه الاحترازُ من ذلك، فلزِمَه الضمانُ كالراكبِ.

قال: والقائدُ ضامنٌ لما أصابت بيدِها، دونَ رجلِها.

لأنَّه مقرِّبٌ للدابةِ من الجنايةِ، ويمكنُه الاحترازُ من اليدِ، ولا يمكنُه الاحترازُ من الرِّجلِ، فلم يضمَنِ الرِّجلَ.

وقد قالوا: إنَّ المرتدِفَ في مثلِ الراكبِ.

وقد قالوا: على الراكبِ والمرتدِفِ الكفارةُ فيما أتلفَتِ الدابةُ بوطئِها؛ لأنَّ التلفَ حصَل بفعلِهما، ولا يجبُ على القائدِ والسائقِ؛ لأنه قَتْلٌ بسببٍ.

وقد قالوا: لو كان الإمامُ قد جعَل للمسلمين عند بابِ المسجدِ الأعظمِ مكانًا تقِفُ فيه الدوابُّ، أو كان موضعًا آخرَ قد أذِنَ الإمامُ بالوقوفِ فيه مثلًا سوقُ الدوابِّ، فلا ضمانَ على الواقفِ بدابَّتِه من أيِّ شيءٍ كان منها؛ لأنَّه مأذونٌ في الوقوفِ فما تولَّد منه لا يكونُ مضمونًا.

---

(١) قال في حاشية (ح): «هذا إذا أوقفها لغير الروث والبول، أما إذا أوقفها لذلك فعطب به إنسان لا يضمن، لأن من الدواب من لا يفعل ذلك إلا واقفًا. هداية». ينظر: «الهداية» (٤/ ١٩٨).



وكذلك قالوا: لو وقَف في فلاةٍ من الأرضِ، أو في طريقِ مكةَ على غيرِ المحجةِ، فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه مما لا يُستَضرُّ به فهو مأذونٌ فيه، فأمَّا المحجةُ ففي الوقوفِ فيها مضرةٌ، فيكونُ متعديًا في الوقوفِ فيضمنُ ما تولَّد منه.

وقد قالوا: في السائرِ على الدابةِ في مِلكِه والسائقِ والقائدِ لا ضمانَ عليهم فيما يتولَّد من ذلك؛ لأنَّه متصرِّفٌ في مِلكِه فلا يكونُ بشرطِ السلامةِ، فلا يضمنُ إلَّا ما وطئَتِ الدابةُ؛ لأنَّ ذلك التلَفَ حصَل بفعلِه، ولذلك تلزَمُه الكفارةُ والإتلافُ، لا يختلِفُ أن يكونَ في مِلكِه أو غيرِ مِلكِه.

وقد قالوا: لو نَفرَتِ الدابةُ من الرجُلِ أو انفلتَتْ منه، فما أصابَتْ في فَورتِها ذلك فلا ضمانَ عليه لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «جُرحُ العَجْماءِ جُبارٌ»[1]. وسواءٌ كان انفلاتُها في مِلكِ صاحبِها أو في غيرِه؛ لأنَّه لا صُنْعَ له فيه، ولا يمكنُه الاحترازُ منه.

وقد قالوا: فيمن أرسَل دابتَه فما أصابَتْ من فورتِها ضَمِنَ؛ لأنَّه بإرسالِها كالدافعِ لها، وهو متعدٍّ في ذلك فيضمَنُ ما تولَّد منه، فإن عَطَفَتْ يمينًا أو شمالًا، ثُمَّ أصابت، فهو على وجهين:

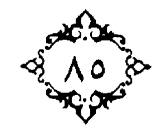
إن لم يكن لها طريقٌ إلَّا ذلك فالضمانُ على المرسِلِ؛ لأنها باقيةٌ على

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩١٢)، ومسلم (١٧١٠/ ٤٥) عن أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٨): «العَجْمَاء بفتح العين المهملة، وسكون الجيم، وفتح الميم، وهمزة ممدودة: مؤنثة الأعجم والأعجمي: الدابة، سميت به لصموتها. قال في المغرب: وقد غلب على البهيمة غلبة الدابة على الفرس». ينظر: «المغرب» (٢/ ٤٥).

قال: «والجُبَار بضم الجيم، وفتح الموحدة، وآخره راء مهملة: أي الهدر».



حكمِ الإرسالِ الأولِ.

وإن كان لها طريقٌ آخرُ صار انعراجُها بحكمِ اختيارِها، فانقطَع حكمُ الإرسالِ الأولِ فصارَتْ كالمنفلتةِ.

وقد قالوا: في رجلٍ يسيرُ على دابتِه أو كان واقفًا عليها، فنَخَس دابتَه رجلٌ فإنَّه ضامنٌ لما تولَّد من ذلك دونَ الراكبِ، إذا فعَل ذلك بغيرِ أمرٍ من الراكبِ؛ لأنَّه متعدٍّ في ذلك الفعلِ فضمِنَ ما تولَّد منه، وصار كأنَّه دفَع الدابةَ على غيرِه.

وقد رُوِي: «أنه اختُصِم إلى (١) سليمانَ بنِ ربيعةَ (١)، في رجلٍ نخَس دابةً فصدَمَتْ رجلًا؟ فضَمَّنَ الراكبَ، فبلَغ ذلك ابنَ مسعودٍ، فقال: ألا إنَّما يُضَمَّنُ الناخِسُ، ألا إنَّما يُضَمَّنُ الناخِسُ» [٢].

ورُوِي أيضًا: «أنَّ عمرَ بنَ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضَمَّن الناخِسَ (٤) دونَ الراكبِ» [٣].

وإذا سكنَتْ من فورتِها لم يُضَمَّنْ بعد ذلك الناخسُ (٤)؛ لأنَّ ما تفعلُه بعد ذلك باختيارٍ لا متولِّدًا من فعلِ الناخسِ.

(١-١) كذا في النسخ: «سليمان بن ربيعة». ولم أهتد له على ترجمة، فهو كما قال الحافظ في «لسان الميزان» (٣/ ٣٨٠): «مجهول، بل لا وجود له». ولعل الصواب في تسميته: سلمان ابن ربيعة، وقد أتى على الجادة في مصادر التخريج، و«أخبار القضاة» لوكيع (٢/ ١٨٦) حيث أسند القصة إلى سلمان بن ربيعة. وينظر: «التاريخ الكبير» (٤/ ١٣٦)، و«تاريخ بغداد» (١٠/ ٢٨٤)، و«تهذيب الكمال» (١١/ ٢٤٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٧٨٧١)، وابن أبي شيبة (٢٨٥٣٧).

(٣) ذكره محمد في «الأصل» (٧/ ٢١). وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٨): «غريب». وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٨٣): «لم أره». وينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٨١).

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ل).



وإن كان فعلُ ذلك بأمرِ الراكبِ نَظَرْتَ فإن كان الراكبُ على وجهٍ مأذونٍ فيه من سيرٍ أو وقوفٍ، فالضمانُ على الراكبِ خاصةً؛ لأنَّه لما أذِن وهو يملِكُ الإذنَ صار كضربِه بنفسِه[١].

وإن كان الراكبُ واقفًا في طريقِ المسلمين الذين لم يؤذَنْ بالوقوفِ فيه، فالدِّيةُ عليهما نصفان، نصفٌ على الراكبِ، ونصفٌ على الضاربِ، على عاقلتِهما؛ لأنَّ ضربَه كضربِ الراكبِ، وهو واقفٌ بغيرِ إذنٍ فيضمَنُ ما يتولَّدُ من ذلك، والضاربُ قد تعدَّى في الفعلِ فاشتركا في التعدِّي، فضمنا.

وقالوا: لو أمره بنخسِها وهي تسيرُ فوطِئَتْ إنسانًا فقتلَتْه، فالدِّيةُ عليهما؛ لأنَّ التلفَ حصَل بفعلِ الراكبِ وفعلِ الناخسِ، فاشتركا في الضمانِ.

فأما ما نفحَتْ برجلِها فلا ضمانَ على الناخسِ؛ لأنَّه لما فعلَه بأمرِ الراكبِ صار كأنَّ الراكبَ فعَل ذلك، ولو فعلَه الراكبُ لم يضمَنْ ما نفَحَتْ في حالِ السيرِ، فكذلك الناخِسُ.

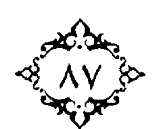
قال: وإذا قاد قطارًا فهو ضامِنٌ لما وَطِئَ، فإن كان معه سائقٌ، فالضمانُ عليهما.

وذلك لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُقَرِّبٌ للبهيمةِ إلى الجنايةِ، فكأنَّه ألقاها على غيرِه، فإن كان معها قائدٌ فالضمانُ عليه، وإن كان قائدٌ وسائقٌ فالضمانُ عليهما؛ لأنهما اشتركا في الجنايةِ.

وقد قالوا: لو كان السائقُ وسَطَ القطارِ فما أصاب مما خَلْفَ هذا السائقِ،

---

(١) قال في حاشية (ح): «فيعتبر فيه ما لو فعل بنفسه».



وما بين يديه من شيءٍ فهو عليهما؛ لأنَّ ما بين يديه هو له سائقٌ والأولُ قائدُه، وما خلفه هما له قائدان، فيشتركان في الجنايةِ فيكونُ الضمانُ عليهما.

وعلى هذا إذا كان أحيانًا خلفَها، وأحيانًا وسطَها، وهو يسوقُها في كلِّ ذلك؛ لأنه في كلا[1] الحالين إما سائقٌ وإما قائدٌ.

وذكَر محمدٌ في «الكيسانيِّ»[2]: لو أنَّ رجلًا يقودُ قطارًا، وآخرَ مِن خلْفِ القطارِ يسوقُه، والإبلُ تنزجرُ بزجرِه، وعلى الإبلِ قومٌ في المحاملِ نيامٌ، أو غيرُ نيامٍ، فوطئ بعيرٌ منها إنسانًا فقتله، فالدِّيةُ على عاقلةِ القائدِ والسائقِ والراكبِ على البعيرِ الذي وطئ، وعلى الراكبين على قُدَّامِ البعيرِ الذي وَطِئَ، وعلى عواقلِهم على عددِ الرؤوسِ، والكفارة على الراكبِ خاصةً، وذلك لأنَّ القائدَ والسائقَ مقرِّبانِ إلى الجنايةِ، والراكبُ أمامَ البعيرِ كالقائدِ لما خلْفَه، والراكبُ على البعيرِ الذي وَطِئ حصَل التلَف بفعلِه، فاشتركوا في سببِ الضمانِ، فكانت القيمةُ عليهم[3].

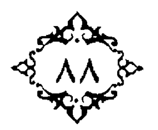
وأمَّا الكفارةُ فعلى الراكبِ؛ لأنَّ القتلَ حصَل بثقَلِه ومن سواه قاتلٌ بسبب، ومن كان من الركبان خلْفَ البعيرِ لا يزْجُرُ الإبلَ ولا يسوقُها فلا ضمانَ عليهم؛ لأنَّهم لما لم يكُنْ لهم صنعٌ صاروا كمتاعٍ على الإبلِ، فأمَّا الركبانُ أمامَ البعيرِ الواطئ فهم قادةٌ، وهذا الذي ذكره محمولٌ على أنَّهم يفعلون فعلًا في القَوَدِ،

---

(١) في (أ٢): «كلتي»، وفي (ح): «كل».

(٢) وهي المسائل «الكيسانية» التي رواها عنه شعيب بن سليمان الكيساني، وهي من نوادر محمد ابن الحسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: «تاج التراجم» (ص٢٣٨).

(٣) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٨٠، ٢٨١)، و«الهداية» (٤/ ٢٠٠).



فإن لم يكنْ لهم فعلٌ فهم كمتاعٍ على الإبلِ فلا يلزمُهم الضمانُ.

وقد قالوا: إذا كان الرجلُ يقودُ قطارًا فجاء رجلٌ فربَط إليه بعيرًا، والقائدُ لا يعلمُ فوطِئ البعيرُ إنسانًا فقتلَه، فالدِّيةُ على عاقلةِ القائدِ يَرجِعون بها على عاقلةِ الرابطِ؛ لأنَّ القائدَ قرَّب البعيرَ من الجنايةِ، وضمانُ الإتلافِ يستوي فيه العلمُ والجهلُ، فترجِعُ عاقلتُه بالضمانِ على عاقلةِ الرابط؛ لأن الرابطَ تعدَّى بربطِه فصار هو السببَ في إلزامِهمُ الضمانَ، فكان الرجوعُ عليه.

ولو كانت الإبلُ وقوفًا لا تُقادُ فجاء رجلٌ فربَطَ إليها بعيرًا لا يُعلَمُ به فقادها القائدُ، فانقاد البعيرُ معها فوطئ البعيرُ إنسانًا فقتَله، فالضمانُ على عاقلةِ القائدِ، ولا يرجعون بها على عاقلةِ الرابطِ؛ لأن الرابطَ تعدَّى في الربطِ، فلمَّا قاد القائدُ أزال جنايتَه عن مكانِها، فزال الضمانُ عنه وتعلَّق بالقائدِ، كمَن وضَع حجرًا في الطريقِ فدَحْرَجَه آخرُ، ثُمَّ عطِب به إنسانٌ، فالدِّيةُ عل عاقلةِ الثاني دونَ الأولِ، وليس كذلك في المسألةِ الأولى، لأنه ربَط البعيرَ والإبلُ سائرةٌ، فلم تستقرَّ الجنايةُ حتى يتغيرَ حكمُها بالانتقالِ، فبقيَ التعدِّي في الربطِ على حالِه فيضْمنُ.

فإن كان القائدُ في المسألتين عَلِم بالربطِ فالدِّيةُ على عاقلتِه، ولا يرجِعُ بها على عاقلةِ الرابطِ، لأنَّه لما قاد بعد العلمِ فقد رضيَ بذلك، فصار كأنَّه أمرَه بالربطِ، فسقَط عن الرابطِ الضمانُ.

قال: وإذا جنى العبدُ جنايةً خطأً، قيل لمولاه: إمَّا أن تَدفَعَه بها، أو تَفدِيَه، فإن دفعَه مَلَكه وليُّ الجنايةِ، وإن فداه فداه بأرْشِها[1].

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٤٣)، و«المبسوط» (٢٧/ ٢٦)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١١٥)، و«بدائع =



وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وجنايةُ العبدِ تتعلَّقُ برقبتِه، ويخاطبُ المولى فيها بما ذُكِر.

وقال الشافعيُّ: جنايتُه تتعلَّقُ بذمتِه، ويُباعُ فيها[1].

لنا: ما رُوي عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنه قال: «إذا جَنى العبدُ فمولاه بالخيارِ، إن شاء دفعَه، وإن شاء فداه». وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «عبيدُ الناسِ أموالُهم، وجنايتُهم فيهم». وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مثلُه[2]. ولأنَّها جنايةٌ يمكنُ استيفاؤها من الرقبةِ فوجَب أن يتعلَّقَ بها، كجنايةِ العمدِ في الحُرِّ والعبدِ.

وإذا ثبَت أنَّها متعلِّقةٌ برقبته لم يلزَمِ المولى فيها أكثرُ من رفَعِ يدِه لتستوفِيَ الرقبةُ بها كجنايةِ العمدِ، ولأنَّا إنما نخاطبُه لأجلِ مِلكِه، فإذا دفعَه فقد أسقَط حقَّه، فزالَتِ المطالبةُ وصار كالوارثِ إذا خَلَّى بين الغرماءِ وبين التركةِ.

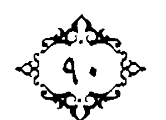
وأما إذا اختار الفداءَ جاز، لأنَّه لا حقَّ لوليِّ الجنايةِ إلَّا في الأرشِ، فإذا استوفاه سقَط حقُّه.

فإن قيل: الأرشُ إمَّا أن يكونَ من الإبلِ أو من الأثمانِ، والحقُّ إذا ثبَت من

الصنائع» (٧/ ٢٨٧).

(١) ينظر: «الأم» (٣/ ١٥٧، ١٧٧)، و«الحاوي» (٨/ ٥٠)، (١٣/ ٥٩)، (١٨/ ٢٧٦)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٢٧٠)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٦٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٧٤٣) من طريق حجاج بن أرطأة، عن حصين الحارثي، عن الشعبي، عن الحارث هو الأعور، عن علي. وضعفه ابن حزم في «المحلى» (٦/ ٤٥٨) وقال: «الحجاج، والحارث الأعور، أحدهما كان يكفي». وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٨٣): «لم أره إلا عن علي».



جنسٍ لم يُجبرْ صاحبُ الحقِّ على أخذِ غيرِ جنسِ حقِّه.

قيل له: لسنا نقولُ: إنَّ رقبةَ العبدِ تؤخذُ عن الأرشِ، ولكنه يُسقِطُ عن نفسِه المطالبةَ بتسليمِها، فيَسقُطُ ما وجَب من الأرشِ بِملكِ المستحِقِّ لها.

فإن قيل: أرشُ الجنايةِ يتعلَّقُ برقبةِ العبدِ، فإذا امتنَع المولى من دفعِ المالِ وجَب بيعُ العبدِ وقضاءُ الدَّينِ من ثمنِه، أصلُه العبدُ المرهونُ.

قيل له: العبدُ المرهونُ وثيقةٌ بالدَّينِ، والدَّينُ متعلِّقٌ بذمةِ الراهنِ، فأمَّا أن يتعلَّقَ برقبتِه فلا، ولا نُسلِّمُ أنَّ الراهنَ يُباعُ في الدَّينِ، لكن يُجبرُ الراهنُ حتى يبيعَ ويقضيَ دَينَه.

قال: فإن دفعَه مَلكَه وليُّ الجنايةِ، وإن فدَاه فدَاه بأرشِها.

وقد بيَّنَّا ذلك.

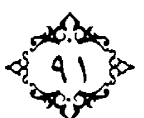
قال: فإن عاد فجَنى كان حكمُ الجنايةِ الثانيةِ حُكمَ الأولى.

وذلك لأنَّه لمَّا فدَاه بأرشِ الأولى تفرَّغَتْ رقبتُه من الجنايةِ، وصار كأنَّه لم يجنِ إلَّا هذه الجنايةَ، فيكونُ الحكمُ فيها كالحكمِ في الأولى.

قال: وإن جنَى جنايتين، قِيلَ للمولى: إمَّا أن تَدفعَه إلى وليِّ الجنايتينِ يَقْتَسِمانِه على قَدْرِ حقِّهما[1]، وإمَّا أن تفديَه بأرشِ كلِّ واحدةٍ منهما.

وإنَّما كان كذلك لأن تعلُّقَ حقِّ الجنايةِ برقبتِه لا يمنعُ من تعلُّقِ مثلِها أيضًا برقبتِه، كما لا يمنعُ الدَّينُ من ثبوتِ مثلِه، وكما لا يمنعُ حقُّ المولى من تعلُّقِ حقِّ

(١) في (ر، ونسخة مختصر القدوري): «حقيهما».



وليِّ الجنايةِ، وإذا تعلَّق حقُّ وليِّ الجنايتين برقبتِه كان على المولى أن يدفعَه إليهما فيقتسمانِه على قَدْرِ حقِّهما، أو يفديَه بأرشِهما.

وقد قالوا: للمولى في هذا الفصلِ أن يُخالفَ بين الاختيارِ فيفدي من أحدِهما، ويدفعُ إلى الآخرِ مقدارَ ما تعلَّقَ حقُّه به من العبدِ، وذلك لأنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ منهما لا تعلُّقَ له بحقِّ صاحبِه، فجاز أن يخالفَ الاختيارَ في حقِّهما، كما لو انفرد كلُّ واحدٍ منهما.

ولا يشبِهُ هذا إذا قتَل العبدُ رجلًا له وليَّانِ، أنَّه لا يجوزُ للمولى أن يختارَ الدفعَ إلى أحدِهما، والفداءَ من الآخرِ؛ لأنَّها جنايةٌ واحدةٌ، فلم يملِكْ تبعيضَ موجبِها.

قال: وإن أعتقَه المولى وهو لا يعلمُ بالجنايةِ، ضمِنَ الأقلَّ من قيمتِه ومن أرشِها، وإن باعَه أو أعتقَه بعدَ العلمِ بالجنايةِ، وجَب عليه الأرشُ.

وهذا لما بيَّنَّا أنَّ المولى في جنايةِ عبدِه مخيرٌ بين الدفعِ والفداءِ، ومَن خُيِّر بين أمرين ففعَل ما يدلُّ على اختيارِ أحدِهما، أو ما يمنعُ من اختيارِ أحدِهما، تعيَّن عليه الآخرُ.

ومعلومٌ أنَّه إذا باعه أو أعتَقَه، وهو عالمٌ بالجنايةِ، فقد صار مختارًا للفداءِ، لما تعذَّر عليه دفعُه بفعلِه، وأمَّا إذا لم يعلَمْ بالجنايةِ فيستحيلَ أن يوصفَ بالاختيارِ، إلَّا أنه قد منَع التسليمَ بفعلِه مع تعلُّقِ حقِّ وليِّ الجنايةِ به فلزِمَه الأقلُّ؛ لأن الأرشَ إن كان أقلَّ من قيمتِه فلا حقَّ لوليِّ الجنايةِ فيما زاد عليه، وإن كان أكثرَ فلم يُتلِفِ المولى إلَّا رقبةَ العبدِ، فلزِمَه قيمتُها.

وقد قالوا: لو مات العبدُ الجاني قبلَ اختيارِ المولى، سقَط حقُّ وليِّ الجنايةِ،



وذلك لأنَّ حقَّه متعلِّقٌ بالرقبةِ، فإذا تَلِفَتِ الرقبةُ من غيرِ فعلِ المولى سقَط الحقُّ، كهلاكِ المالِ الذي وجبَتْ فيه الزكاةُ بغيرِ فعلِ المالكِ.

ولو كان المولى قد اختار الفداءَ، ثُمَّ مات العبدُ، لم يسقُطِ الفداءُ عن المولى؛ لأن الحقَّ قد انتقَل من الرقبةِ إلى ذمةِ المولى بالاختيارِ، وصار دَيْنًا في ذمتِه، فلا يسقُطُ بموتِ العبدِ، كسائرِ ديونِ المولى.

قال: وإذا جنَى المدبَّرُ وأمُّ الولدِ جنايةً، ضمِنَ المولى الأقلَّ من قيمتِه، ومن أرشِها.

وإنَّما لزِمَتِ المولى هذه الجنايةُ، لما رُوِيَ عن أبي عُبيدةَ بنِ الجراحِ: «أنه قضى بجنايةِ المدبَّرِ على مولاه»[1]. وقد كان أميرًا بالشامِ، وقضاياه تظهرُ بين الصحابةِ، ولا يُعرَفُ له مخالفٌ.

ولأنَّ المولى صار مانعًا من تسليمِه في الجنايةِ بالتدبيرِ من غيرِ اختيارٍ، فصار كأنَّه دبَّره وهو لا يعلمُ بالجنايةِ، وإنَّما لزِمَه الأقلُّ؛ لأنَّ الأرشَ إن كان أقلَّ من قيمتِه، فلا حقَّ لمولى الجنايةِ في أكثرَ من ذلك، وإن كان أكثرَ من القيمةِ فلا يُتلِفُ المولى بالتدبيرِ إلَّا الرقبةَ فلزِمَتْه قيمتُه، وكذلك جنايةُ أمِّ الولدِ لهذا المعنى.

قال: فإن جنَى[2] أخرى، وقد دفَع المولى القيمةَ إلى الأولِ بقضاءٍ، فلا شيءَ عليه، ويتبعُ وليُّ الجنايةِ الثانيةِ وليَّ الجنايةِ الأولى، فيشاركُه فيما أخَذ.

وذلك لأنَّ الضمانَ إنما يلزمُ المولى لأجْلِ المنعِ الذي حصَل منه في الرقبةِ،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٨٩٤)، وابن المنذر في «الأوسط» (٩٦١٥).

(٢) بعده في (أ٢، غ، م، ي): «المدبر».



وهو منعٌ واحدٌ فصار كأنَّ الجناياتِ كلَّها اجتمعَتْ، ثُمَّ دبَّره فلا يلزَمُه إلَّا قيمةٌ واحدةٌ ويتعلَّقُ حقُّ جماعتِهم بها، فإذا دفعَها إلى الأولِ بقضاءٍ فقد زالَتْ يدُه عنها بغيرِ اختيارِه فلا يلزَمُه ضمانُها، وللثاني أن يتبعَ الأولَ؛ لأنَّه قَبَض ما تعلَّق به حقُّه، كالوصيِّ إذا دفَع التركةَ إلى الغرماءِ، ثُمَّ ظهَر غريمٌ آخرُ فإنه يشاركُهم فيما قبَضُوا ما تَعلَّقَ حقُّه به، كذلك هذا.

قال: فإن كان المولى دفَعَ القيمةَ بغيرِ قضاءٍ فالوليُّ بالخيارِ؛ إن شاء اتَّبعَ المولى، وإن شاء اتَّبعَ وليَّ الجنايةَ.

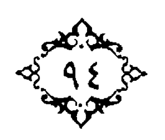
وذلك لأنَّ المولى سلَّم للأولِ ما تعلَّق حقُّ الثاني به، فكان للثاني الخيارُ في تضمينِ أيِّهما شاء، فإن ضَمِن المولى رجَع على وليِّ الجنايةِ الأولِ، لأنَّا تبيَّنَّا أنه دفَع إليه ما ليس بحقٍّ له، فكان له الرجوعُ به، وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يتبعُ وليُّ الجنايةِ الثانيةِ الأولَ، ولا سبيلَ له على المولى دفَع بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ.

وجه قولِهما: أنَّ المولى دفَع إلى الأولِ ولا حقَّ للثاني، فلم يكُنْ متعدِّيًا في الدفعِ، فلا يلزَمُه الضمانُ.

ولم يذكر صاحبُ «الكتابِ» جنايةَ المكاتبِ، ونحن نبيِّنُه ونذكر من ذلك ما يحتملُه الكتابُ:

وقد قال أصحابُنا: جنايةُ المكاتبِ على نفسِه دونَ سيدِه ودون العاقلةِ؛ لأن اكتسابَ المكاتَبِ له، فكانت جنايتُه عليه كالحُرِّ، ولأنَّ المكاتبَ هو المانعُ



من تسليمِ رقبتِه في الجنايةِ بقبولِه الكتابةَ، فكان الأرْشُ عليه، كالمولى إذا منَع التسليمَ بالتدبيرِ[1].

فإن قيل: المولى هو المانعُ بعقدِ الكتابةِ، كما أنَّه مانعٌ بالتدبيرِ، فيجبُ أن يكون الضمانُ عليه، كما يلزَمُه جنايةُ المدبَّرِ.

قيل له: نفسُ عقدِ الكتابةِ لا يمنَعُ الدفعَ بدليلِ أنَّه يعجزُ فيدفَع، وإنَّما البقاءُ على العقدِ هو المانعُ، وذلك إنَّما هو لحقِّ المكاتبِ، فكان المنعُ من جهتِه فلزِمَه الضمانُ دونَ المولى.

وإذا ثبت أنَّ الجنايةَ تلزَمُ المكاتبَ، قلنا: يلزمُه الأقلُّ من أرشِ الجنايةِ، ومن قيمتِه لما بيَّنَّا فيما تقدَّمَ أنَّ الأرشَ إن كان هو الأقلَّ فلا حقَّ لوليِّ الجنايةِ فيما زاد عليه، وإن كان أكثرَ من القيمةِ، فلم يتلَفْ بعقدِ الكتابةِ إلَّا الرقبةَ، فلزِمَه قيمتُها.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ جنايةَ المكاتبِ تتعلَّقُ برقبتِه. وقال زفرُ: بذمته[2].

وجه: قولِ أصحابِنا: إنَّ رقبةَ المكاتبِ يجوزُ تسليمُها في الجنايةِ لو عجَز، وكلُّ رقبةٍ يُتَصَوَّرُ دفعُها في الجنايةِ فإنَّ الجنايةَ تتعلَّقُ بها، أصلُه رقبةُ العبدِ.

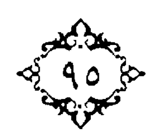
وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ رقبةَ المكاتبِ لا يصحُّ فيها التمليكُ، فلا تتعلَّقُ الجنايةُ بها، كرقبةِ الحُرِّ والمدبَّرِ.

وفائدةُ الخلافِ: أنَّ المكاتبَ إذا عجَز قبلَ انتقالِ الجنايةِ من رقبتِه، قيل للمولى: ادفَعْه أو افْدِه.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٧/ ٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٧١، ٢٩٠)، و«الهداية» (٤/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٥١)، و«البحر الرائق» (٣/ ٢٠٦).



وقال زفرُ: يباعُ في الأرشِ، كما يُباعُ في الدُّيونِ[1].

ويظهرُ الخلافُ أيضًا: إذا جنَى المكاتبُ، ثُمَّ جنَى قبلَ القضاءِ عليه بالجنايةِ الأولى، أنَّه يُقضَى عليه بقيمةٍ واحدةٍ؛ لأن الجنايةَ الأولى تعلَّقَتْ برقبتِه والثانيةَ أيضًا، والرقبةُ تتضايقُ عنهما، فيكونُ بينهما كجنايَتَي العبدِ.

وعلى قولِ زفرَ: يحكمُ في كلِّ جنايةٍ بقيمةٍ، لأنَّها تجبُ عنده في الذمةِ، والذمةُ لا تتضايقُ.

وإذا ثبت عند أصحابِنا أنَّ جنايةَ المكاتبِ تتعلَّقُ برقبتِه، فإنَّها لا تنتقلُ إلى ذمتِه إلَّا بأحدِ ثلاثةِ معانٍ:

إمَّا بأن يحكمَ الحاكمُ بأرشِها عليه، أو يَصطَلِحوا على الأرشِ، أو يَمُوتَ المكاتبُ ويتركَ مالًا أو ولدًا.

ووجهُ ذلك: أنَّ حكمَ جنايتِه كان موقوفًا لجوازِ أن يعجزَ فيدفعَ بالجنايةِ، أو يعتقَ فيتعذرَ الدفعُ ويجبَ الأرشُ، فإذا حكم الحاكمُ بأحدِ جهتي المراعاةِ بطلَتِ الجهةُ الأخرى، وكذلك أيضًا إذا اصطلحوا؛ لأن البدلَ في الصلحِ يثبتُ في الذمةِ، فيوجبُ نقلَ الجنايةِ عن الرقبةِ.

وأمَّا إذا مات وترك وفاءً، فقد حكَمنا بعتقِه في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياتِه، وذلك يمنعُ من دفعِ الرقبةِ، فانتقَل الحقُّ إلى الذمةِ، وكذلك إن عتَق في حالِ الحياةِ لتعذرِ الدفعِ، وكذلك[2] إذا ترَك ولدًا؛ لأن الولدَ قائمٌ مقامَه، وقد تعذَّر

---

(١) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧٤٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٨٧)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢١٨)، و«العناية» (١٠/ ٣٤٨).

(٢) بعده في (ل): «الدافع».



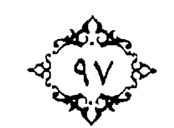
دفعُ الرقبةِ بالموتِ، فانتقَل الحقُّ إلى من قام مقامَه.

وإذا جنى المكاتبُ فلم يُحكَمْ عليه بشيءٍ حتى جنَى جنايةً أخرى، فإنَّ القاضي يحكمُ عليه بأقلَّ من قيمتِه ومن أرشِ الجنايتين؛ لأن الجناياتِ تتعلَّقُ برقبتِه، وهي تتضايقُ عنها فيتضاربون فيها، فإن جنى جنايةً فحكَم القاضي عليه بالأقلِّ من قيمتِه ومن أرشِها، ثُمَّ جنَى جنايةً أخرى، فإنَّ القاضي يحكمُ عليه في الثانيةِ بالأقلِّ من قيمتِه ومن أرشِ الجنايةِ، وذلك لأنَّه لما حكَم عليه بالأولى نقَل الحقَّ إلى الذمةِ، فصادفَتِ الجنايةُ الثانيةُ الرقبةَ وهي فارغةٌ، فتعلَّقَتْ بها كالأولى.

وقد قالوا: إنَّ القاضي ينظرُ في قيمةِ المكاتبِ في كلِّ جنايةٍ يوم جنَى فيعتبرُ ذلك، ولا يعتبرُ بزيادةِ القيمةِ ونقصانِها بعد الجنايةِ، وذلك لأنّ المكاتبَ لو كان عبدًا لزِم دفعُه يومَ الجنايةِ، فصار مانعًا من ذلك اليومِ، فاعتَبر قيمتَه في تلك الحالِ.

وعلى هذا أيضًا المدبَّرُ وأمُّ الولدِ يعتبرُ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما يومَ الجنايةِ في كلِّ جنايةٍ، لأنَّه صار مانعًا لتدبيرِ المتقدِّمِ، فكأنَّه دبَّر عَقيبَ كلِّ جنايةٍ، فيعتبرُ قيمتُه في تلك الحالِ.

فعلى هذا: إذا قتَل رجلًا وقيمتُه ألفٌ، ثُمَّ زادَتْ قيمتُه فصارَتْ ألفًا وخمسمئةٍ، ثُمَّ قتَل رجلًا آخرَ، فإنَّ وليَّ الجنايةِ الثانيةِ يأخذُ من المولى فضلَ ما بين القيمتين وهو خمسمئةٍ، يحتسبُ بها من الأرشِ الذي له، ثُمَّ يقتسمان بقيمةِ العبدِ، وهو ألفٌ، على ما بقيَ لكلِّ واحدٍ منهما، فيكونُ بينهما على تسعةٍ وثلاثين سهمًا.



وقد قالوا: إنَّ المكاتبَ إذا أقرَّ بجنايةٍ خطأٍ لزِمَتْه، وحكَم الحاكمُ عليه بها، وذلك لأنَّ جنايتَه مستحقةٌ في كسبِه، والمكاتبُ أحقُّ بأكسابِه[1] فنفَذَ إقرارُه كالحرِّ، فإنَّ لم يحكُمْ بذلك الحاكمُ عليه حتى عجَز بطَلَتِ الجنايةُ؛ لأن الإقرارَ لو صحَّ صار لازمًا للمولى، بدليلِ أنَّه كان يخاطَبُ بالدفعِ أو الفداءِ، وإقرارُ المكاتبِ لا ينفذُ في حقِّ مولاه، فإن حكَم الحاكمُ عليه بها، ثُمَّ عجَز بطَلَتْ عند أبي حنيفةَ[2].

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا تبطل، وهي دَيْنٌ عليه.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: إنَّ المكاتبَ باقٍ على أصلِ الحَجْرِ في كلِّ شيءٍ لم يتضمَّنْه عقدُ الكتابةِ، ولا صارت إذنًا فيه، بدليلِ أنَّه لا يصحُّ قرضُه لما لم تَتضمَّنِ الكتابةُ ذلك، والكتابةُ لا تتضمَّنُ الإقرارَ بالجنايةِ، فكان محجورًا عليه فيه في حقِّ المولى، وإنَّما ألزمناه ذلك مع بقاءِ الكتابةِ لثبوتِ حقِّه في أكسابِه، فإذا عجَز زال هذا المعنى فبطَل ما تعلَّق بإقرارِه.

وجهُ قولِهما: أنَّ الحاكمَ لما حكَم عليه صارَتِ الجنايةُ دَينًا في ذمتِه فلا تبطُلُ بعجْزِه، كما لو أقرَّ بدَينٍ، ثُمَّ عجَز.

وقد قالوا: لو أقرَّ بجنايةٍ، فلم نحكُمْ بها حتى أدَّى فعتَق صار دَينًا عليه حين عتَق؛ لأن الجنايةَ لزمَتْه في أكسابِه ولم تلزَمِ المولى، فلمَّا عتَق تأكَّد ذلك بعتقِه كسائرِ ما يقرُّ به من الدُّيونِ.

---

(١) في (ل): «باكتسابه».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٥/ ٧٢)، (٢٦/ ١٧)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٩١)، (٥/ ١٠١)، و«الهداية» (٣/ ٢٧٠).



ولا يشبهُ هذا العبدُ إذا أقرَّ بجنايةٍ، ثُمَّ عتَق؛ لأن جنايتَه على مولاه، ومن أقرَّ بحقٍّ على غيرِه فإنَّه لا يلزمُه في نفسِه.

قال: وإذا مالَ الحائطُ إلى طريقِ المسلمينَ فطُولِبَ صاحِبُه بنَقضِه، وأُشهِد عليه فلم ينقُضْه في مدةٍ يقْدِرُ على نقضِه فيها حتى سقَط، ضَمِن ما تلَف به من نفسٍ أو مالٍ.

وجملةُ ما يقالُ في هذا: إنَّ مَن بنَى حائطًا في مِلكِه فهو على وجهين؛ إما أن يبنيه مائلًا، أو غيرَ مائلٍ.

فإن بناه مائلًا إلى الطريقِ أو إلى مِلكِ غيرِه، فهو ضامنٌ لما يتلَفُ به، وإن لم يُطالَبْ بنقضٍ لأنَّه تعدَّى بالبناءِ في مِلكِ غيرِه، ألا ترى أنَّ هواءَ البقعةِ في حكمِها، ولو بنَى في مِلكِ غيره كان متعدِّيًا، كذلك إذا بنى في هواءِ مِلكِ غيرِه، وإذا ثبَت أنه متعدٍّ في ذلك ضَمِن ما تولَّد منه، كحَفرِ البئرِ في الطريقِ.

وإن بناه في مِلكِه غيرَ مائلٍ، ثُمَّ مال إلى الطريقِ، أو إلى مِلكِ غيرِه فلا ضمانَ عليه فيما تلِف به قبلَ أن يُتَقَدَّمَ إليه بنقضِه ويُشهَدَ عليه[1].

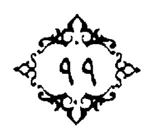
وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ: عليه الضمان[2].

لنا: أنَّ حقَّ الغيرِ حصَل في يدِه بغيرِ فعلِه، فلا يضمَنُه قبلَ المطالبةِ، أصلُه الثوبُ إذا ألقَتْه الريحُ في دارِه، ولأنَّها جنايةٌ بسببٍ، فاختَلَف فيها التعدِّي وغيرُ التعدِّي، أصلُه حَفْرُ البئرِ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٧)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٦٩)، و«المبسوط» (٢٧/ ٨، ٩).

(٢) ينظر: «نهاية المطلب» (١٦/ ٥٧٢).



فإن قيل: ما وجَب ضمانُه إذا تقدَّم إليه بإزالتِه وجَب وإن لم يتقدَّمْ إليه، كما لو بنى الحائطَ مائلًا.

قيل له: هناك حصَل حقُّ الغيرِ في يدِه بفعلِه فضمِنه من غيرِ مطالبةٍ، وفي مسألتِنا حصَل في يدِه بغيرِ فعلِه على ما بيَّنَّاه، فاختَلف الضمانُ بالمطالبةِ وعدمِها.

وأمَّا إذا تُقُدِّمَ إليه بنقضِه وأُشهِدَ عليه فلم ينقُضْه مع الإمكانِ حتى تَلِف بسقوطِه شيءٌ فعليه الضمانُ.

وقال أصحابُ الشافعيِّ[1]: ظاهرُ ما في «المختصرِ»[2] أنَّه لا ضمانَ عليه.

لنا: أنَّه إذا طُولِب بالإزالةِ وجَب عليه النقلُ[3]، فإذا لم ينقُلْ مع الإمكانِ ضمِنَ ما تولَّد منه، كما لو بنى حائطًا مائلًا إلى مِلكِ غيرِه.

فإن قيل: ما ليس بسببٍ للضمانِ إذا لم يتقدَّمْ إليه بإزالتِه وجَب ألَّا يكونَ سببًا للضمانِ إذا تقدَّم إليه، أصلُه حَفْرُ البئرِ في مِلكِه، وإذا أشعل نارًا في مِلكِه فطار الجمرُ إلى مِلكِ غيرِه.

قيل له: إذا حَفَر في مِلكِ نفسِه فلم يحصُل حقُّ الغيرِ في يدِه فالمطالبةُ لا تأثيرَ لها، وفي مسألتِنا حقُّ الغيرِ حصَل في يدِه فالمطالبةُ بإزالةِ اليدِ مؤثرةٌ فاختلفا.

وأما إذا أطارتِ الريحُ الجمرَ إلى مِلكِ غيرِه فطالبَه بأخذِ الجمرِ ونقْلِه فلم ينقُلْه مع الإمكانِ، ضَمِن ما تَلَف به فهو مثلُ مسألتِنا.

---

(١) في (ل): «وقال الشافعي». وينظر: «بحر المذهب» (١٢/ ٣٤٧)، و«العزيز» (١٠/ ٤٢٨)، و«المجموع» (١٩/ ٢٢).

(٢) في (ض): «الخبر».

(٣) في (ر، س، ض، ض١، ل): «النقض.... ينقض».



وقد قال أصحابُنا: المعتبرُ في وجوبِ الضمانِ هو المطالبةُ بهدمِه، وإنما يحتاجُ إلى الإشهادِ لتَثبُتَ به المطالبةُ إن جحَدَها صاحبُ الحائطِ، ولو طُولِب ولم يُشهَدْ عليه لزِمَه الضمانُ، فيما بينه وبين اللّهِ تعالى.

قال محمد: والإشهادُ أن يقولَ الرجلُ: اشهدوا أني تقدَّمْتُ إلى هذا الرجلِ في هدمِ حائطِه هذا، فإذا فعَل هذا لزِمَه نقضُه على وجهِ الإمكانِ.

قال: ويستوي أن يُطالِبَه بنقضِه مسلمٌ أو ذميٌّ.

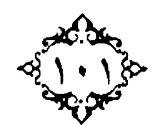
وهذا صحيحٌ؛ لأن الطريقَ حقٌّ لجميعِ أهلِ دارِ الإسلامِ، فكلُّ مَن له المرورُ في الطريقِ فله المطالبةُ بنقضِه، وأهلُ الذمةِ من أهلِ دارِ الإسلامِ، فإذا طالَب الذميُّ بذلك فقد طالَب بما له فيه حقٌّ فصحَّتْ مطالبتُه، وكذلك لو طالبَتْ به امرأةٌ أو صبيٌّ أو رجلٌ غريبٌ من بلدٍ آخرَ؛ لأن جميعَ هؤلاء لهم المرورُ في الطريقِ، فصحَّتْ مطالبتُهم لثبوتِ حقِّهم[1].

قال: وإن مال إلى دارِ رجلٍ فالمطالبةُ إلى مالكِ الدارِ خاصةً.

لأنَّ هذا حقٌّ يختصُّ به فكانتِ المطالبةُ إليه خاصةً، فإن كان فيها سكانٌ فالمطالبةُ للسكانِ؛ لأن لهم حقًّا في المطالبةِ بإزالةِ ما شغَل الدارَ، فكذلك لهم المطالبةُ بإزالةِ ما شغَل الهواءَ.

وقد قال أصحابُنا: إذا طُولِب بنقضِ الحائطِ، ثُمَّ باع الدارَ، وقبضَها المشتري

(١) قال في حاشية (ح): «صبي أراد به صبيًّا أذن له وليه في الخصومة في ذلك، وكذلك العبد إذا أذن له مولاه في الخصومة». وقال أيضًا: «قال في الكفاية شرح الهداية: وفي شرح الأقطع، وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو رجل غريب».



فسقَط، فلا ضمانَ على البائعِ، وذلك لأنَّه لما باع فقد صار بحالٍ لا يملِكُ فيها النقضَ والضمانَ، إنما يجبُ بتركِ النقضِ مع الإمكانِ، فإذا لم يتمكَّنْ لم يضْمَنْ.

ولا يشبهُ هذا إذا أشرَعَ جناحًا إلى الطريقِ، ثُمَّ باع الدارَ والجناحَ فوقَع على إنسانٍ، أنَّ البائعَ يضمَنُ لأنَّه بنفسِ وضعِ الجناحِ جاني، فزوالُ مِلكِه عنه لا يغيِّرُ حالَه، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأن بناءَ الحائطِ لم يكن جنايةً وإنما الجنايةُ بتركِ النقضِ، فإذا صار بحالٍ لا يَملِكُ[1] النقضَ خرَج فعلُه من أن يكونَ جنايةً، وعلى هذا كلُّ من أشهد عليه ممن لا يجوزُ له نقضُه فإنَّه لا يضمَنُ، وإن كانت الدارُ في يدِه كالمرتهنِ والمستأجرِ والموْدَعِ.

وقد قالوا: إذا تَلِف بالحائطِ غيرُ بني آدمَ فهو في مالِه؛ لأن هذا ضمانُ مالٍ، وضمانُ الأموالِ لا تتحمَّلُه العاقلةُ، فأما إذا تَلِف به آدميٌّ فهو على العاقلةِ؛ لأن هذه الجنايةَ دونَ الخطأِ، فكانت أولى بالتحمُّلِ.

وقال محمدٌ: إنَّ العاقلة لا تضمَنُ حتى يشهَدَ الشهودُ على ثلاثةِ أشياءَ؛ على التقدُّمِ إليه في النقضِ، وعلى أنَّه مات من سقوطِه عليه، وعلى أنَّ الدارَ له. لأنَّ كونَ الدارِ في يدِه ظاهرٌ[2] في الملكِ، والظاهرُ لا يستحقُّ به حقًّا على الغيرِ، وسقوطُه عليه بعد التقدمِ عليه بنقضِه سببُ الضمانِ، فلا بدَّ من ثبوتِه.

قال: وإذا اصطدَم فارسانِ فماتا، فعلى عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما ديةُ الآخرِ[3].

---

(١) في (ح): «يمكنه».

(٢) في (أ٢، ج، ح، غ، م): «ظاهره»، وفي (ل): «ظاهرًا».

(٣) ينظر: «التجريد» (١/ ٥٧٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٧٣)، و«الهداية» (٤/ ١٩٩)، و«الاختيار» (٥/ ٤٩).



وقال زفرُ: على عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما نصفُ ديةِ الآخرِ. وبه قال الشافعيُّ[1].

لنا: ما رُوي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[2] أنَّه قال مثلَ قولِنا[3]، ولا مخالف له، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما جنَى على صاحبِه بصدْمِه له فلزِمَه جميعُ ديتِه، كما لو كان واقفًا فصدَمَه فماتا أنَّ الدِّيةَ على الصادمِ خاصةً.

فإن قيل: رُوي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّه أوجَب نصفَ الدِّيةِ»[4].

قيل له: إن ثبَت جمعنا بينهما، فقلنا: يجبُ نصفُ الدِّيةِ إذا عُلم أنه مات من الفعلين جميعًا، وتجبُ الدِّيةُ إذا لم يُعلم ذلك.

فإن قيل: كل واحدٍ منهما مات بفعلِ صاحبِه وبفعلِ نفسِه؛ لأن صدْمَه لغيرِه يألمُ به، فصار كالميتِ بجراحتين.

قيل له: قد سلَّمْتَ أنَّ موتَه قد حصَل من فعلِ صاحبِه، وادَّعيتَ أنَّه يكونُ بفعلِ نفسِه أيضًا، وهذا معنًى غيرُ معلومٍ، فلا يسقطُ الضمانُ المتيقنُ ولا بعضُه بالشكِّ.

قال: وإذا قتَل رجلٌ عبدًا خطأً فعليه قيمتُه، لا تزادُ على عشرةِ آلافٍ، فإن كانت قيمتُه عشرةَ آلافٍ أو أكثرَ قضي عليه بعشرةِ آلافٍ إلا عشرةً.

(١) ينظر: «الأم» (٦/ ٩١، ١٨٥)، و«المهذب» (٢/ ١٩٤)، (٣/ ٢٠٧)، و«حلية العلماء» (٧/ ٥٣٠)، و«المجموع» (١٩/ ٢٥).

(٢) في (غ): «النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٨٣٢٨) من طريق أشعث، عن الحكم، عن علي: «أن رجلين صدم أحدهما صاحبه، فضمن كل واحد منهما صاحبه، يعني: الدِّية». وإسناده منقطع، الحكم لم يدرك عليًّا، وأشعث بن سوَّار فيه ضعف.

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٦): «غريب».



وهذا الذي ذكرَه قولُ ابنِ مسعودٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]، وهو قولُ أبي حنيفةَ، وزفرَ، ومحمدٍ[2].

وقال أبو يوسفَ: فيه قيمتُه بالغةً ما بلغَتْ في مالِ الجاني، لا على عاقلتِه.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّها جنايةٌ على آدميٍّ فلا تزادُ على ألفِ دينارٍ كالجنايةِ على الحرِّ، وتجبُ عندها على العاقلةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: وهو قولُ عليٍّ، وابنِ عمرَ، وابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[3]: أنَّها جنايةٌ على مالٍ فوجَب بها القيمةُ غيرَ مقدرةٍ، كالبهائمِ.

وإذا ثبَت عند أبي حنيفةَ أنَّها لا تُزادُ على الدِّيةِ نقص منها عشرة دراهم، لما رُوي عن عبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ أنَّه قال في قيمةِ العبدِ: «لا تُزادُ على عشرةِ آلافٍ إلَّا عشرةً»[4]. وهذا لا يُعلمُ إلَّا من طريقِ التوقيفِ، ولأنَّ النقصانَ إنَّما هو لأجلِ الرقِّ، وقد فرَّق الشرعُ بين الرقِّ والحريةِ بعشَرةِ دراهمَ، ألا ترَى أنَّ بُضعَ الحُرَّةِ لا يُستباحُ بأقلَّ من عشرةِ دراهمَ، وبُضْعَ الأمةِ يجوزُ أن يستباحَ بالهبةِ من غيرِ عوضٍ، فلمَّا ثبَت ذلك في الشرعِ قدَّروا النقصَ أيضًا في هذه المسألةِ بعشَرةٍ.

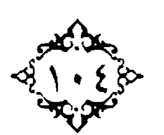
---

(١) قال ابن أبي العز الحنفي في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٩١٤): «ولا يعرف ذلك في كتب الحديث لا عن ابن عباس ولا عن غيره من الصحابة».

(٢) ينظر: «الحجة على أهل المدينة» (٤/ ٦٧، ٣٦٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٦٧)، (٦/ ١٦)، و«المبسوط» (٢٧/ ٥٠، ٩٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١١٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٨١٧٦) عن علي، وابن مسعود. وأخرجه أحمد في «العلل» (٢٢٢٥)، والبيهقي (٨/ ٣٧) عن عمر، وعلي: «في الحر يقتل العبد؟ قالا: ثمنه ما بلغ». وأخرجه الدارقطني (٣٢٥٨) عن عمر.

(٤) تقدَّم.



قال: وفي الأمَةِ إذا زادَتْ قيمتُها على الدِّيةِ خمسةُ آلافٍ إلَّا عشرةً.

لأنَّ خمسةَ آلافٍ ديةُ الحرةِ فينقُص منها عشرةٌ، كما تنقُصُ من ديةِ الرجلِ الحرِّ.

قال: وفي يدِ العبدِ نصفُ قيمةٍ لا تُزادُ على خمسةِ آلافٍ إلَّا خمسةً، وكلُّ ما تقدَّر من ديةِ الحرِّ، فهو مقدَّرٌ من قيمةِ العبدِ[1].

وهذا الذي ذكرَه قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ الأولُ.

وقال محمدٌ: عليه النقصانُ. وهو قولُ زفرَ، وأبي يوسفَ الآخرُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ القيمةَ في العبيدِ كالدِّيةِ في الأحرارِ، فإذا كانت الجنايةُ فيما دونَ النفسِ يجوزُ أن تتقدَّرَ من ديةِ الحرِّ، كذلك يجوزُ أن تتقدَّرَ من قيمةِ العبدِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ ما دونَ النفسِ من العبيدِ ضمانُه ضمانُ الأموالِ، بدليلِ أنَّه لا يتعلَّقُ به قَوَدٌ ولا كفارةٌ ولا تتحمَّلُه العاقلةُ، والجنايةُ على الأموالِ يجبُ بها النقصانُ.

وإذا ثبَت من أصلِ أبي حنيفةَ أنَّ يدَ العبدِ يجبُ فيها نصفُ قيمتِه نقَص من ذلك خمسةٌ؛ لأن ما يجبُ في اليدِ من الحرِّ مقدَّرٌ بنصفِ ما يجبُ في الجملةِ، فكذلك ما يجبُ في يدِ العبدِ يكونُ على النصفِ مما يجبُ في جملتِه.

ولا يشبهُ هذا ما يجبُ في نفسِ الأمَةِ أنَّه ينقصُ منه عشرةٌ، لأنَّه ليس بجزءٍ من ديةِ الذَّكرِ، وإنَّما هي ديةٌ في نفسِها، فلذلك يقدَّر النقصُ فيها بعشرةٍ.

وقد رَوى الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: أنَّ الجنايةَ على العبدِ مقدرةٌ فيما يُقصَدُ

---

(١) ينظر: «الأصل» (٢/ ٥٥٤)، (٧/ ٣٢٠)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٣٨)، و«المبسوط» (٢٧/ ١١٨).

به المنفعةُ، وما يُقصدُ به الزينةُ مثلُ الحاجبِ والأذنِ، وذلك لأنَّ التقديرَ لما دخَل في الجنايةِ عليه استوَى ما فيه منفعةٌ وما فيه زينةٌ، كالحُرِّ.

ورَوى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنَّ ما فيه زينةٌ لا يتقدَّرُ؛ لأن الزينةَ ليسَتْ معنًى مقصودًا من العبدِ، وهي مقصودةٌ من الحرِّ، فأمَّا ما له منفعةٌ فهو مقصودٌ منهما فاستويا في تقديرِه.

قال: وإذا ضَرَبَ بَطْنَ امرأةٍ فألقَتْ جنينًا مَيِّتًا فعليه غُرَّةٌ نصفُ عُشرِ الدِّيةِ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: ألَّا يجبَ على الضاربِ في الجنينِ شيءٌ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ حيًّا، ويجوزُ أن تكونَ الحياةُ لم تخلَقْ فيه، فلا يلزَمُ الضمانُ بالشكِّ، ولأنهم اتفقوا أنَّ مَن ضرَب بطنَ بهيمةٍ فألقَتْ جنينًا كان عليه نقصانُها، ولا شيءَ عليه في الجنينِ، فكذلك جنينُ الآدميةِ.

وإنَّما تركوا القياسَ، لما رُوي: «أنَّه اختُصِم إلى عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ذلك؟ فقال للصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: نشدتُكمُ اللَّهَ، هل سمعتُم من رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك شيئًا؟ فقام المغيرةُ فقال: كنتُ بينَ جاريتينِ لي فضَرَبَتْ إحداهما الأخرى بعمودِ خيمةٍ، فألقَتْ جنينًا مَيِّتًا وماتَت، فقضَى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عاقلةِ الضاربةِ بالدِّيةِ، وبغرةِ الجنينِ»[1].

وقد رُوي في الخبرِ: «أنَّ والدَ الضاربةِ[2] قام فقال: كيف نَدِي مَن لا أكَل ولا شَرِب ولا صاح فاستَهَلَّ، ومِثلُ ذلك يُطَلُّ[3]؟ فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩٠٥)، ومسلم (١٦٨٢) من حديث المغيرة.

(٢) قال في حاشية (ح): «هو حمد بن النابغة الهذلي وهو بفتح الحاء المهملة والميم معًا. شرح عمدة».

(٣) قال في حاشية (ح): «طل دم القتيل إذا أهدر ولم يؤخذ فيه بشيء».

«أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الكُهَّان؟ أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الأعرابِ[1]؟ فيه غُرَّةٌ: عبدٌ، أو أمَةٌ». فقال عمرُ من يَشهَدُ معك بهذا؟ فقام محمدُ بنُ مسلمةَ فشهِدَ. فقال عمرُ: كِدْنا نَقضِي فيها برأينا، وفيها سُنَّةٌ عن رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[2].

وقد رُوِيَ عن عبدِ الرحمنِ بنِ أبي صالحٍ: «أنَّ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في الجنينِ غرةَ عبدٍ أو أمَةٍ، أو خمسمئةِ درهمٍ»[3]، ولأنَّ الضاربَ منَع منه الحياةَ، فوجَب عليه الضمانُ، كالمغرورِ لما مَنَع من حصولِ الرقِّ ضَمِنَ قيمةَ الرقِّ.

وإذا ثبَت وجوبُ الغُرةِ، قال أصحابُنا: هي مقدرةٌ بخمسمِئةٍ[4]. وقال الشافعيُّ: بستِّمِئةٍ[5].

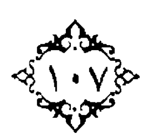
(١) قال في حاشية (ح): «فيه إشارة إلى دم السجع، وهو محمول على السجع المتكلف لإبطال حق أو تحقيق باطل، أو لمجرد التكليف، بدليل أنه قد ورد السجع في كلام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفي كلام غيره من السلف، ويدل على ما ذكرناه أنه شبهه بسجع الكهان؛ لأنهم كانوا يرجزون أقوالهم الباطلة بأسجاع تروق السامعين فيستميلون بها القلوب؛ ويستصغون إليها الأسماع. شرح العمدة».
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٩): «السَّجْع بفتح السين المهملة، وسكون الجيم، وآخره عين مهملة: القصد المستوي على نسق واحد في الكلام».

(٢) أخرجه البخاري (٦٩٠٦)، ومسلم (١٣١٠) من حديث المغيرة.

(٣) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٥٣٢)، عن عبد الرحمن بن أبي مليح الهذلي، عن أبيه. وقال البيهقي (٨/ ١١٥): «إسناده ضعيف».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٤٨)، (٦/ ١٧)، و«المبسوط» (٢٦/ ٨٧)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١١٨، ١١٩).

(٥) ينظر: «الحاوي» (١٢/ ٣٨٩، ٣٩٤، ٣٩٧)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٣٥٦، ٣٦٠)، و«البيان» (١١/ ٥٠١، ٥٠٢).



وهـذا الاختلافُ مع اتفاقِهم على أنَّها نصفُ عشرِ الدِّيـةِ، إلَّا أنَّ الدِّيةَ عندنا مقدرةٌ بعشرةِ آلافٍ، فنصفُ عشرِها خمسمئةٍ، وعنده مقدرةٌ باثني عشرَ ألفًا، فنصفُ عشرِها ستمئةٍ.

وقد قال أصحابُنا: إنه يستوي فيه الذكرُ والأنثى؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضَى فيه بالغُرةِ ولم يُفصِّلْ، ولأنَّه يتعذَّرُ التمييزُ بينهما، فسقَط اعتبارُه لتعذُّرِه.

وقالوا: إنَّ الغُرةَ على عاقلةِ الضاربِ؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضَى بها على العاقلةِ في خبرِ المغيرةِ، ولهذا قال والدُ الضاربةِ: «كيف نَدِي من لا أكَل ولا شَرِب»[1]. وهذا يدلُّ على أنَّه قضَى بها عليهم، ولأنَّها بدلُ نفسٍ فصارَتْ كالدِّيةِ.

قال: فإن ألقَتْه حيًّا، ثُمَّ ماتَ ففيه الدِّيةُ كاملةً.

وذلك لأنَّه صار قاتلًا لنفسٍ كاملةٍ، فلزمَتْه الدِّيةُ كاملةً.

قال: فإن ألقَتْه مَيِّتًا، ثُمَّ ماتَتْ فعليه ديةٌ وغرةٌ.

وذلك لأنَّه متلِفٌ لكلِّ واحدٍ منهما، فوجَب عليه ما يجبُ في كلِّ منهما حالَ الانفرادِ.

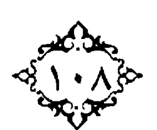
قال: وإن ماتت، ثُمَّ ألقَتْه مَيِّتًا فلا شيءَ في الجنينِ.

وقال الشافعيُّ: فيه الغُرةُ.

لنا: أنَّ القياسَ ألَّا يجبَ في الجنينِ شيءٌ على ما بيَّنَّاه، وإنَّما تركنا القياسَ للخبرِ، والخبرُ ورَد فيمن ألقَتْ جنينًا، وذلك لا يكونُ إلَّا في حالِ الحياةِ لأنَّه

---

(١) تقدَّم.



أضاف الفعلَ إليها.

ولأنَّ الجنينَ لـه حكمانِ: حكمُ الأعضاءِ من وجهٍ، بدليلِ أنَّه يُعتَقُ بعتقِها، ولا يكمُلُ أرشُه.

وله حكمُ الأنفسِ من وجهٍ، بدليلِ أنَّ بدلَه يورَثُ عنه، وإذا انفصَل في حياتِها انفرَد بضمانٍ، ولـم يدخُلْ في أرشِها إن ماتَتْ، وإذا كان كذلك فإذا انفصَل في حياتِها ميتًا لـم يدخُلْ في أرشِها اعتبارًا بالأنفسِ، وإذا انفصَل بعد موتِها ميتًا يضمَنُ اعتبارًا بالأعضاءِ، وكلُّ فرعٍ تردَّد بين أصلين يجبُ أن يلحقَ بهما ولا يُفرَدَ اعتبارُه بأحدِهما دونَ الآخرِ.

فإن قيل: كلُّ حالةٍ يجبُ فيها ضمانُ الجنينِ إذا انفصَل حيًّا، ثُمَّ مات وجبَ ضمانُه على الجاني إذا انفصَل ميتًا أصلُه حال حياتِها.

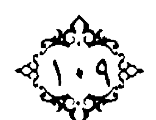
قيل له: حياتُها يَجوزُ أن يضمَنَ ما انفصَلَ من أعضائِها، فيجوزُ أن يضمَنَ جنينَها الميتَ، وبعد الموتِ لا يجوزُ أن يضمَنَ ما انفصَلَ من أعضائِها، فلا يضمَنُ ما انفصَل منها متلَفًا.

قال: وما يجبُ في الجنينِ موروثٌ عنه.

وقال الليثُ[1]: الغُرةُ لأمِّ الجنينِ.

لنا: أنَّ الغُرةَ بدلٌ عن الجنينِ، بدليل أنها تعتبر به دون الأمِّ، ألَا ترى أنَّ جنينَ أمِّ الولـدِ يجبُ فيه ما يجبُ في جنينِ الحرَّةِ، وإذا كان ذلك بدلًا عنه وجَب أن

(١) في (غ): «الشافعي»، وفي (ل): «أبي الليث». وينظر: «المبسوط» (٨/ ١٢١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٢٧)، و«البناية» (١٣/ ٢٢٤).



يكونَ موروثًا؛ لأن بدلَ النفسِ يستحقُّه الورثةُ، أصلُه الدِّيةُ.

وقد قالوا: لا يرثُ الضاربُ منها[1]، لأنَّه قاتلٌ بغيرِ حقٍّ.

قال: وفي جنينِ الأمَةِ إذا كان ذَكرًا نصفُ عُشرِ قيمتِه[2] لو كان حيًّا، وعُشرُ قيمتِه إن كان أنثى[3].

وقال الشافعي: فيه عُشرُ قيمةِ الأمِّ[4].

وقد قالوا: في جنينِ أمِّ الولدِ من مولاها غُرةٌ يكونُ قيمتُها عُشرَ ديةِ الأبِ، وكذلك في جنينِ الذميةِ إذا كان أبوه مسلمًا عُشرُ ديةِ الأبِ، فاعتبروه بأوفرِ الدِّيتين.

والكلامُ في هذه المسألةِ يقعُ في موضعين:

أحدهما: أنَّ الواجبَ في الجنينِ يُعتبرُ بنفسِه.

والثاني: التقديرُ في الذَّكرِ والأنثى، والدليلُ على أنَّه معتبرٌ بنفسِه أنَّها نفسٌ متلفةٌ، فاعتُبر بدلُها بها كسائرِ المتلفاتِ، ولأنَّ اعتبارَه بغيرِه يؤدي إلى أن يجبَ فيه حيًّا أقلُّ مما يجبُ فيه ميتًا، ألا ترى أنَّه لو كان قيمةُ أمِّهِ عشرةَ آلافٍ وقيمتُه لو كان حيًّا مئةً فله القيمةُ حيًّا، ثُمَّ مات وجَب فيه مئةٌ، ولو ألقَتْه ميتًا وجَب فيه

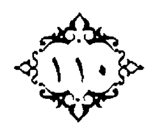
---

(١) في (ر): «منه».

(٢) في (ي): «قيمتها».

(٣) ينظر: «الأصل» (٥/ ١٣٤، ١٧٦)، و«الحجة على أهل المدينة» (٤/ ٢٨٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٣)، و«المبسوط» (٥/ ١١٩)، (٧/ ١٤١)، (٢٦/ ٨٨)، و«العناية» (١٠/ ٣٠٥)، و«التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٩٠٩)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٤٢).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ١١٩، ١٢٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٥٧)، و«الحاوي» (١٢/ ٤٠٦)، و«نهاية المطلب» (١٦/ ٦٢٧).



ألفٌ، فوجَب فيه ميتًا عشرةُ أضعافِ ما يجبُ فيه حيًّا، ولأنَّ اعتبارَهم بأوفرِ القيمتين غلَطٌ؛ لأن المتلفةَ يُعتبرُ في ضمانِها المتيقنُ ولا يُعتبرُ الأكثرُ.

فإن قيل: لو اعتبرناه بنفسِه لوجَب تقويمُه، ولا يخلو إما أن يقومَه حيًّا أو ميتًا، ولا يصحُّ تقويمُه ميتًا لأنَّه لا قيمةَ له، ولا يصحُّ تقويمُه حيًّا لأنَّا لم نتحقَّقْ حياتَه، فإذا لم يصحَّ تقويمُه في نفسِه وجَب اعتبارُه بغيرِه، ولأنَّ التقويمَ يحتاجُ فيه إلى إدراكِ الصفاتِ ومعرفتِها ولا طريقَ إلى ذلك، ولأنَّه لو وجَب تقويمُه لوجَب اعتبارُ جميعِ قيمتِه كسائرِ المتلَفاتِ.

قيل له: لسنا نقوِّمُه ميتًا وإنَّما نقوِّمُه حالَ موتِه أن لو كان حيًّا، وهذا تقويمٌ له في حالٍ له قيمة.

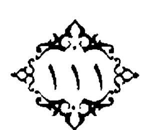
وقولهم: لا يجوزُ تقويمُه حيًّا، لأنا لا نعلمُ حياتَه. لا يصحُّ؛ لأنَّ هذا يلزمُنا أن لو أوجبنا قيمتَه حيًّا، فأمَّا إذا أوجبَنا بعضَ القيمةِ لم يلزَمْنا، وهذا كما يوجِبُ في اليدِ الشلَّاءِ بعضَ ما يوجِبُ في اليدِ الصحيحةِ، لمَّا لم نعلَمْ صحتَها.

فأمَّا قولُهم: لا تدركُ صفاتُه. فيبطلُ بمَن أتلَف عبدَ إنسانٍ لم يشاهِدْه الحاكمُ، ولا يوجدُ من يعرفُ صفاتِه، فإنَّا نُثبتُ ما يعترفُ به الجاني، ولا يمنَعُ الجهلُ بصفاتِه من إيجابِ القيمةِ.

وقولُهم: كان يجبُ جميعُ القيمةِ كسائرِ المتلفاتِ. لا يصحُّ؛ لأنَّا نقوِّمُه حيًّا ونحن لا نعلمُ حياتَه، فلا يجوزُ أن يوجِبَ كمالَ القيمةِ، كما نقوِّم اليدَ الشلاءَ ولا نكمِلُ[1] قيمتَها لمَّا لم نعلَمْ صحتَها.

---

(١) في (أ٢): «نعلم».



فإن قيل: «النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوجَب في جنينِ الحرةِ غرةً، وسوَّى بين الذَّكرِ والأنثى»[1]. وهذا الخبرُ هو الأصلُ في الجنينِ، فوجَب التسويةُ في كلِّ موضعٍ.

قيل له: هذا دليلٌ لنا؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أوجَب في جنينِ الحرةِ الغرةَ، وقوَّمها بخمسمئةٍ»[1]. وذلك نصفُ عُشرِ قيمتِه لو كان ذكرًا، أو عُشرُ قيمتِه لو كان أنثى، وجنينُ الأمَةِ فرعٌ على جنينِ الحرةِ، فيجبُ اعتبارُه بها فيؤدِّي إلى ما قلناه.

قال: ولا كفَّارةَ في الجنينِ[2].

وقال الشافعيُّ: على الضاربِ الغرةُ والكفارةُ[3].

لنا: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوجَب في قصةِ الجنينِ الغرةَ دونَ الكفارةِ»[4]. فلو كانت واجبةً لبيَّنها لأنَّها بعضُ أحكامِ الحادثةِ، ولا يجوزُ تأخيرُ البيانِ عند الحاجةِ، فلمَّا لم يبيِّنْها دلَّ أنَّها لا تجبُ، ولأنَّ الكفارةَ تجبُ بالقتلِ وليس بقاتلٍ؛ لأنَّ الحياةَ غيرُ معلومةٍ، فلا تجبُ بالشكِّ.

فإن قيل: كلُّ من لزِمَه بدلُ نفسٍ آدميٍّ بالجنايةِ وجبَ أن يضمَنَ الكفارةَ، أصلُه إذا قتَله بعد الانفصالِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنه ضمِنَ بدلَ النفسِ لأنَّا لا نعلَمُ الحياةَ، وإنَّما ضمِنَ؛ لأنَّه

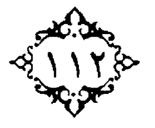
---

(١) تقدَّم.

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧٧٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٢٦)، و«الهداية» (٤/ ١٩٠)، و«الاختيار» (٥/ ٤٥).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٢/ ٤٠٤)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٣٧٠)، و«التهذيب» (٧/ ٢١٢، ٢١٩).

(٤) تقدَّم.



قطَع النماءَ عن الجنينِ، فأمَّا إذا أتْلَفه بعد الانفصالِ، فإنه يجبُ فيه القصاصُ إذا كان عمدًا، فجاز أن تجبَ الكفارةُ في إتلافِه، والجنينُ بخلافِه.

قال: والكفَّارةُ في شبهِ العمدِ والخطأِ عِتقُ رقبةٍ مؤمنةٍ، فإن لم يجِدْ فصيامُ شهرينِ متتابِعَينِ، ولا يجزِئُ فيها الإطعامُ[1].

وقال الشافعيُّ: يجبُ فيها الإطعامُ إذا لم تقدر على الصيام[2].

دليلُنا: أنَّ اللَّهَ تعالى ذكَر القتلَ وأوجَب فيه الكفارةَ بالعتقِ أو الصومِ ولم يوجِبِ الإطعامَ، فإيجابُه زيادةٌ في النصِّ وذلك عندنا نسخٌ، فلا يجوزُ إثباتُه إلَّا بما يجوزُ نسخُ القرآنِ به، ولأنَّها كفارةٌ مجمعٌ على وجوبِها تتعلَّقُ بسببٍ، يشتركُ فيها الرجلُ والمرأةُ فلا يكونُ الصومُ فيها بدلًا، ككفارةِ اليمينِ.

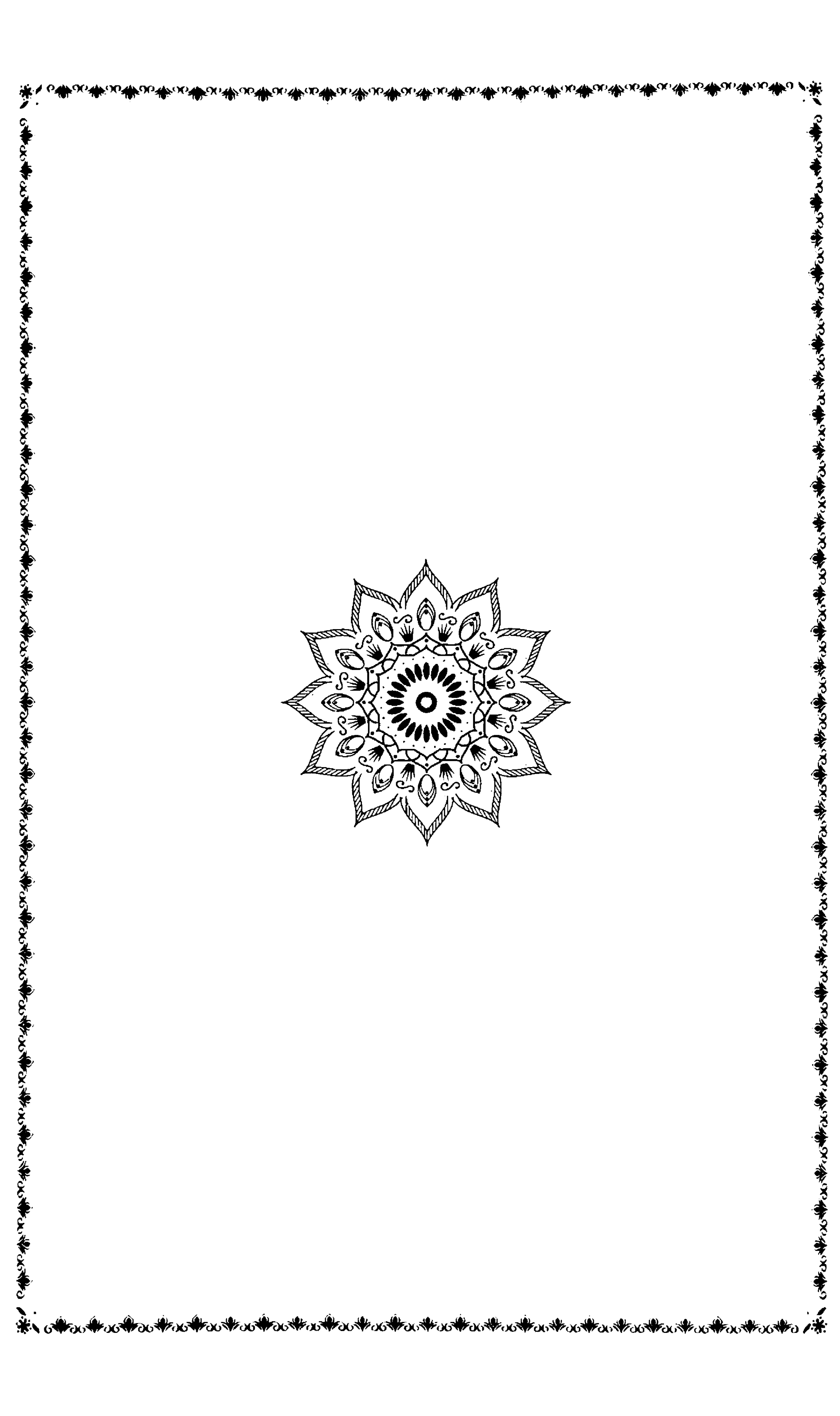
فإن قيل: إن اللَّهَ تعالى جعَل الإطعامَ بدلًا عن الصومِ في كفارةِ الظِّهارِ، وأطلقه في كفارةِ القتلِ، فيجبُ أن يُحمَلَ المطلقُ على المقيدِ.

قيل له: من أصلِنا أن يُحمَلَ المطلقُ على إطلاقِه، والمقيدُ على تقييدِه، كما أنَّ اللَّهَ تعالى ذكَر الكسوةَ في كفارةِ اليمينِ، وأطلقَها في الظِّهارِ والقتلِ، ثُمَّ لم يُثْبِتِ الكسوةَ في الكفارتين حملًا للمطلقِ على المقيدِ، كذلك هاهنا.

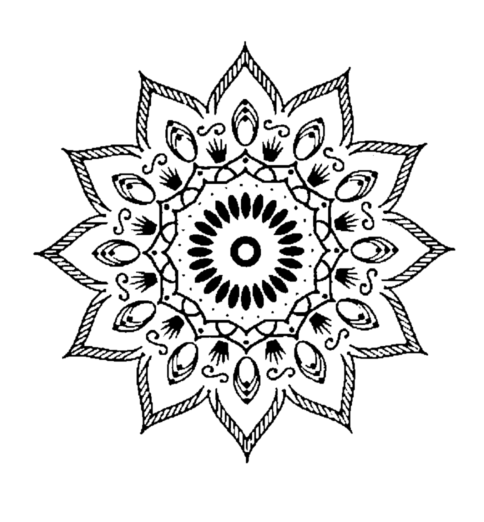
---

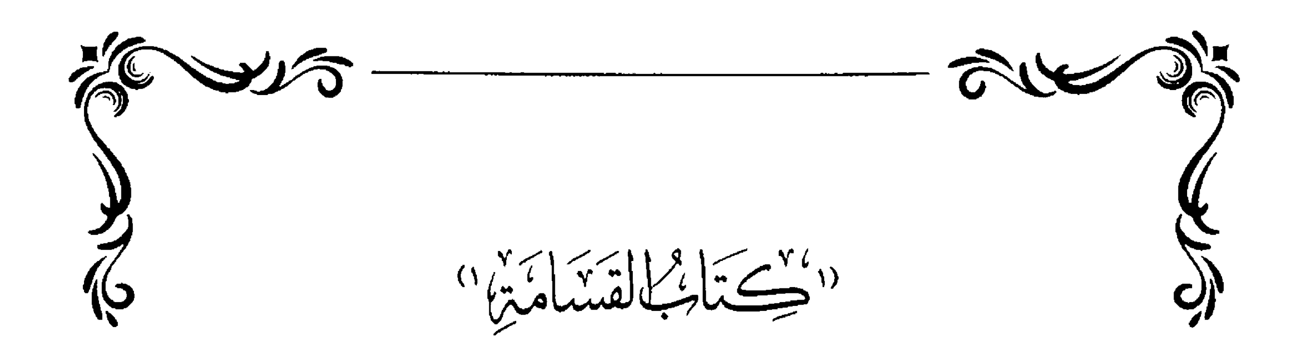
(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٤٧)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٤٢٧)، و«المبسوط» (٢٦/ ٦٦، ٦٧).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ١١، ١٢)، و«اللباب» (ص٣٥٣)، و«الحاوي» (٩/ ٥٩٩)، و«العزيز» (١٠/ ٥٣٣).



كِتَابُ القَسَامَةِ





«(1)كتاب القسامة(1)»

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا وُجِد القتيلُ في مَحَلَّةٍ لا يُعلَمُ مَن قتَله، استُحلِفَ خمسونَ رجلًا منهم، يتخيرُهم الوليُّ: باللَّه ما قتلناه، ولا عَلِمنا له قاتلًا. وإذا حلَفوا قضَى على أهلِ المحلةِ بالدِّيةِ.

والكلامُ في هذه الجملةِ يقع في مواضعَ، منها: أنَّ الأصلَ في ثبوتِ القَسامةِ حديثُ سهلِ بنِ أبي حَثْمَةَ، قال: «وُجِدَ عبدُ اللَّهِ بنُ سهلٍ قتيلًا في قَلِيبٍ من قُلُبِ خيبرَ(2)، فجاء أخوه عبدُ الرحمنِ بنُ سهلٍ وعمَّاه حُوَيِّصةُ ومُحَيِّصةُ إلى رسولِ اللَّهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فذهَب عبدُ الرحمنِ يتكلمُ، فقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «(3)الكُبرَ الكُبرَ(3)». فتكلَّمَ أحدُ عميه الكبيرُ منهما، فقال: يا رسولَ اللَّه، إنَّا وجَدْنا

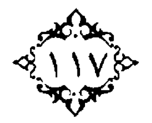
(1-1) ليس في (أ، ح، ش، ظ، ل)، وفي (س): «مطلب مسائل القسامة»، وفي (ج، ض، ض2، ع): «باب القسامة».

وقال في حاشية (ش): «القسامة اسم من أقسم، والمراد الأيمان التي تقسم على أهل المحلة، ويحلف كل واحد منهم باللَّه ما قتلت، لأنه ربما قتله وحده. قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وكان يكفي أن يقول: باللَّه ما علمت له قاتلًا».

(2) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص 239): «القَلِيب بفتح القاف، وكسر اللام، والياء آخر الحروف، وآخره باء موحدة: البئر التي لم تطو، والجمع قُلُب، تذكر وتؤنث».

(3-3) في (ي): «الكبير».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص 239): «الكُبْر: أي ليبدأ الأكبر بالكلام، إرشادًا إلى الأدب».



عبدَ اللَّهِ قتيلًا في قَلِيبٍ من قُلُبِ خيبرَ. وذكَر عداوةَ يهودَ لهم، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تبرِّئكمُ اليهودُ بخمسين يَحْلِفُونَ أنهم لم يَقتُلُوا». قال: قلت: كيف نرضى بأيمانِهم وهم مشركون؟! قال: «فيُقسِمُ منكم خمسون أنَّهم قتَلُوه». قال: كيف نقسِمُ على ما لم نره؟! فوَدَاهُ رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من عندِه»[1].

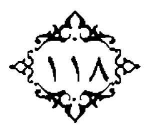
وعن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: «وُجِد قتيلٌ بخيبرَ، فقال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اخرُجوا من هذا الدَّمِ». فقالتِ اليهودُ: قد كان وُجِد قتيلٌ في بني إسرائيلَ على عهدِ موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ فقضَى في ذلك، فإن كنتَ نبيًّا فاقضِ. فقال: «تَحْلِفون خمسينَ يمينًا، ثُمَّ تَغرَمون الدِّيَةَ». قالوا: قَضَيْتَ بالنَّاموسِ. يعني: بالوحيِ»[2]. وقد رُويت قصةُ القَسَامةِ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من وجوهٍ وطرقٍ كثيرةٍ.

وقال الشعبيُّ: «كانتِ القَسَامةُ في الجاهليةِ، فأولُ مَن قضَى بها في الإسلامِ عمرُ بنُ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وهو أنَّ قتيلًا باليمنِ قُتِل بين حيَّين، فكُتِب إلى عمرَ أنَّه وُجِد قتيلٌ لا يُدرَى مَن قتلَه؟ فكتَب عمرُ أن قِس بين القريتين، فأيُّهما كان أقربَ فالزِموهمُ الدِّيةَ. فوافَوْا عمرَ فأحلَف منهم خمسين رجلًا باللَّهِ ما قَتَلْناه، ولا عَلِمنا له قاتلًا. فقالوا: نعطي أموالَنا وأيمانَنا؟ قال: نعم، فبمَ يبْطُلُ دمُ هذا؟»[3].

(١) أخرجه البخاري (٧١٩٢)، ومسلم (١٦٦٩/ ٦).

(٢) ذكره في «المبسوط» (٢٦/ ١٠٧)، وقال: «وذكر الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس...».
وينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٨٦)، و«فتح القدير» (١٠/ ٣٧٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٨٢٦٦ - ١٨٢٦٨)، وابن أبي شيبة (٢٨٣٩١)، والبيهقي (٨/ ١٢٤) =



هذا وقد رُوي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتَب إلى اليهودِ: «إمَّا أن تُودوا وتَحْلِفوا، أو تأْذَنوا بحربٍ من اللَّهِ»(١). فدلَّتْ هذه الأخبارُ على وجوبِ الأيمانِ على أهلِ المَحِلَّةِ، وعلى وجوبِ الدِّيةِ.

ومنها: أنَّه إذا وُجِد القتيلُ في مَحِلَّةٍ وادَّعى وليُّ القتيلِ على أهلِ المَحِلَّةِ استُحْلِفوا خمسين يمينًا، وقُضي عليهم بالدِّيةِ.

وقال الشافعيُّ: إذا ادَّعى الوليُّ القتلَ، وهناك لَوْثٌ، فإنَّ الوليَّ يُستحلَفُ ويُقضَى له بالدِّيةِ(٢).

فإن كان واحدًا استُحلِف خمسين يمينًا، وإن كان الأولياءُ جماعةً، ففيه قولان:

أحدهما: أنَّه يحلفُ كلُّ واحدٍ منهم خمسين يمينًا.

والثاني: تُقسَّمُ الأيمانُ بينهم على قدْرِ ميراثِهم، فإن حَلَفوا والقتلَ خطأً قُضي بالدِّيةِ.

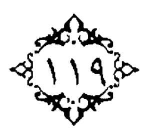
وإن كان عَمْدًا، ففيه قولان:

أحدهما: يجبُ القَوَدُ. والآخَرُ: الدِّيةُ المغلَّظةُ.

من طرق عن الشعبي، عن عمر. ينظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ١٠٨).

(١) أخرجه مالك في «الموطأ- برواية يحيى» (٢/ ٨٧٧)، وفي «الموطأ- برواية محمد بن الحسن» (٦٨١)، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في «الأم» (٦/ ٩٦)، والبيهقي (٨/ ١١٧)، وفي «المعرفة» (٤٩٦٩) من طريق أبي مالك بن عبد اللَّه، عن سهل بن أبي حثمة، أخبره رجال من قومه به مرفوعًا، بلفظ: «إمّا أن يَدُوا صاحِبَكُم، وإمّا أن يُؤذَنوا بحَربٍ». فكَتَبَ إليهم رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك». ينظر: «مسند الموطأ» (٤٥٧).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ١٠٦)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٢- ٣٥).



واللَّوْثُ: أن يكونَ هناك علامةٌ للقتلِ في واحدٍ بعينِه، أو يكونَ هناك عداوةٌ ظاهرةٌ.

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو أُعطي الناسُ بدعواهم لادَّعى قومٌ دماءَ قومٍ وأموالَهم، لكنَّ البينةَ على من ادَّعى، واليمينَ على من أنكر»[1]. فسوَّى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الدعوى بين الدماءِ والأموالِ، وأوجَب البينةَ على المدَّعي، واليمينَ على المدعى عليه.

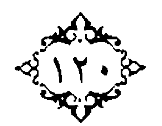
ولما روَى زيادُ بنُ أبي مريمَ، قال: «جاء رجلٌ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: يا رسولَ اللَّهِ، إني وجدتُ أخي قتيلًا في بني فلانٍ. فقال: «اجمَعْ منهم خمسين رجلًا فيَحْلِفون باللَّهِ ما قتَلوا، ولا عَلِموا قاتلًا». فقال: ما لي يا رسولَ اللَّهِ من حقٍّ إلَّا هذا؟ فقال: «بلَى، مئةٌ من الإبلِ». ذكَره ابنُ شجاعٍ في «الآثارِ»[2]. ولأنَّ يمينَ المدَّعي قولُه فلا يستحقُّ بها المالَ كَدَعْواه.

فإن قيل: رُوي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قصةِ سهلٍ قال لحُوَيِّصةَ ومُحَيِّصةَ وعبدِ الرحمنِ: «تَحْلِفون وتَسْتَحِقُّون دمَ صاحبِكم؟» قالوا: لا»[1].

قيل له: إنَّما قال هذا على وجهِ الإنكارِ والاستفهامِ، بدليلِ أنَّه أثبَتَ النونَ، فكأنَّه أنكَر عليهم لما قالوا: لا نرضى بيمينِ اليهودِ. والذي يبيِّنُ صحةَ ما قلناه، وأنَّه كان طريقَ الإنكارِ لا على طريقِ الأمرِ، أنهم قالوا: كيف نحلِفُ على أمرٍ لم نَرَه. فكيف يجوزُ أن يأمرَهم بالحَلِفِ على ما لا يعلمونه.

(١) تقدَّم.

(٢) أخرجه محمد بن شجاع في «الآثار»، كما في «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٤٨) من طريق موسى بن داود، عن معتمر بن سليمان، عن خصيف، عن زياد بن أبي مريم.



فإن قيل: يمينُ المدَّعى عليه لا يُحكمُ بموجبِها، وكلُّ مَن لا يُحكمُ بموجبِ يمينِه لا يُعرَضُ عليه اليمينُ، أصلُه المدَّعي في سائرِ الحقوقِ.

قيل له: هذا قياسٌ يخالِفُ النصَّ؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتَب إلى اليهودِ: «إمَّا أن تَحْلِفوا وتَدُوا، وإلَّا فأذَنُوا بحربٍ»[1]. ولأنَّ اليمينَ عندنا يُقضَى بموجبِها في القَسَامةِ، كما يُقضَى بموجبِها في سائرِ الدعاوَى، وذلك لأنَّ الوليَّ يدَّعي عليهِمُ القتلَ، فإذا سقَطَتْ دعواه بأيمانِهم أُخِذَتْ منهمُ الدِّيةُ على وجهِ التَّحَمُّلِ، كما تؤخذُ من العاقلةِ، واليمينُ لم تَقَعْ على نفيِ[2] التحمُّلِ، ويُنتقضُ هذا بالمتحالفين في البيعِ أنَّا[3] لا نقضي بيمينِ واحدٍ منهما، وإنَّما نفسخُ البيعَ، ولا يَمنَعُ ذلك من وجوبِ الاستحلافِ.

ومنها: أنَّ الذين يحلِفون يتخيَّرُهم الوليُّ؛ لأن الأيمانَ حقٌّ له فكان الخيارُ إليه، ولأنَّ في اختيارِه فائدةً وهو أن يختارَ مَن يتَّهِمُه بالقتلِ، أو يختارَ صالحي القبيلةِ الذين لا يحلِفون على الكذبِ، فلهذا جُعِلَ الخيارُ إليه.

ومنها: أنَّ أهلَ المحلةِ إذا حَلَفوا لَزِمَتْهم الدِّيةُ[4]. وقال الشافعيُّ: لا يلزَمُهم شيءٌ[5].

---

(١) تقدَّم.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٩): «تَدُوا بالتاء المثناة، والدال المهملة: أي تعطوا الدية». وقال: «ائذنوا بحرب: أي فاعلموا الحرب من اللَّه ورسوله».

(٢) في (ي): «بعض»، وفي (ض): «تعيين».

(٣) في (ي): «أما».

(٤) ينظر: «النتف» (٢/ ٦٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٨٦)، و«الهداية» (٤/ ٢١٦)، و«الاختيار» (٥/ ٥٤).

(٥) ينظر: «الأم» (٦/ ١٠٤)، و«الحاوي» (١٣/ ٥٧)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٢٣٦)، و«حلية =



لنا: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتَبَ إلى اليهودِ: «إما أن تحلِفُوا وتَدُوا، وإلَّا فأْذَنوا بحربٍ»[1]. فجَمَع عليهمُ الأمرين، ولأنَّ أهلَ المحلةِ تلزَمُهم الدِّيةُ بالنصرةِ، فلم تَسقُطْ عنهم بأيمانِهم كالعاقلةِ.

فإن قيل: رُويَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في قصةِ حُويِّصةَ ومُحَيِّصةَ: «تبرِّئُكم اليهودُ بأيمانِ خمسينَ منهم»[1].

قيل له: قد رُوِّينا في هذا الخبرِ زيادةً، وهي أنَّه كتَبَ إلى اليهودِ: «إمَّا أن تَحلِفوا وتَدُوا»[1]. فقوله: «تُبَرِّئُكُمُ اليهودُ». محمولٌ على البراءةِ من الدعوى في القتلِ، وهذا لا يُسقِطُ الدِّيةَ الواجبةَ باختصاصِهم بالبقعةِ[2].

فإن قيل: المدَّعى عليه إذا صحَّتْ يمينُه بَرِئ وسقَطَتِ الدَّعوى عنه والمطالبةُ، أصلُه سائرُ الحقوقِ.

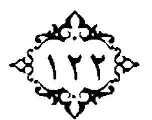
قيل له: إذا كانت الدَّعوى على معنًى، يحلِفُ المدَّعى عليه على ذلك المعنى، انقطَعَتِ الخصومةُ باليمينِ، وكذلك نقولُ في مسألتِنا؛ لأن الدعوى على كلِّ مستحْلَفٍ أنَّه قاتلٌ، ويمينُه تقطَعُ الخصومةَ في هذه الدعوى، وقد وجَب عليه حقٌّ آخرُ لا لكونِه قاتلًا، لكن لزِمَه بالنصرةِ لهذه البقعةِ وتخصيصِه بها، وهذا المعنى لا يتناولُه اليمينُ، ولا يُستحلَفُ عليه.

قال: ولا يُسْتَحْلَفُ الوليُّ.

العلماء» (٨/ ٢٢١).

(١) تقدَّم.

(٢) ليس في (ض، ي).



وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: ولا يُقضَى له بالجنايةِ، وإن حَلَف.

وقال مالكٌ: إذا حَلَف الوليُّ وجَب القِصاصُ[1]. وبه قال الشافعيُّ في القديمِ[2].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيِّنةُ على المدَّعي، واليمينُ على المدَّعى عليه». ولأنَّ قولَ الواحدِ لا يَثبُتُ به القِصاصُ، أصلُه الشهادةُ.

فإن قيل: رُوي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للأنصارِ: «تَحلِفون، وتَستَحِقُّون دمَ صاحبِكم»[3].

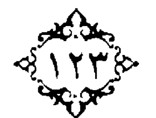
قيل له: قد بيَّنَّا أنَّ هذا الخبرَ خرَج على وجهِ الإنكارِ لا على وجهِ الأمرِ والتخييرِ، ويبيِّنُ حجةَ ذلك أيضًا: «أنَّ عمرَ بنَ عبدِ العزيزِ سأل الناسَ عن القَسامةِ؟ وعنده أشرافُ الناسِ وقُوَّادُهم، فقالوا: هي حقٌّ، وقد أقاد بها الخلفاءُ. فقال: ما تقولُ يا أبا قِلابةَ؟ فقال: يا أميرَ المؤمنين، أرأيتَ لو أنَّ خمسين رجلًا شَهِدوا على رجلٍ مُحصَنٍ بدمشقَ أنَّه زنى ولم يَرَوْه، أكنتَ ترجُمُه؟ قال: لا. فقال أبو قِلابةَ: واللَّهِ يا أميرَ المؤمنين، ما قَتَل رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلَّا في إحدى ثلاثِ خلالٍ؛ كفرٌ بعد إيمانٍ، وزِنًى بعد إحصانٍ، وقتلُ نفسٍ بغيرِ حقٍّ»[4]. فلو كان قد

(١) ينظر: «المقدمات الممهدات» (٣/ ٣٠٢)، و«التاج والإكليل» (٨/ ٢٩٨)، و«شرح مختصر خليل» (٨/ ٧).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٦٣)، و«المهذب» (٣/ ٢٦٢)، و«البيان» (١٣/ ٢٣٢).

(٣) تقدَّم.

(٤) أخرجه البخاري (٤٦١٠)، ومسلم (١٦٧١/ ١٢).



ثبَت أنَّ المرادَ بالخبرِ استحقاقُ الدمِ، لم يَجُزْ لأبي قِلابةَ أن يعارضَه بالقياسِ.

قال: وإن لم يكمُلْ أهلُ المَحِلَّةِ كُرِّرَتِ الأيمانُ عليهم حتى تَتِمَّ خمسين.

وذلك لما رُوي أنَّ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: «لمَّا قضى في القَسامةِ وافَى إليه تسعةٌ وأربعون رجلًا، فكرَّر اليمينَ على رجلٍ منهم حتى تمَّتِ الخمسون، ثُمَّ قضى بالدِّيةِ»[1]. وعن شُريحٍ، والنَّخَعيِّ مثلُ ذلك[2].

قال: ولا يدخُلُ في القَسامةِ صبيٌّ، ولا مجنونٌ، ولا امرأةٌ، ولا عبدٌ.

وذلك لأنَّ اليمينَ قولٌ، والصبيُّ ليس له قولٌ صحيحٌ، وكذلك المجنونُ، وأمَّا المرأةُ والعبدُ فليسا من أهلِ النصرةِ، والأيمانُ إنَّما تجبُ على مَن ينصرُ البقعةَ.

قال: وإن وُجِد ميِّتٌ لا أثَرَ به، فلا قَسامةَ، ولا دِيَةَ[3].

وقال الشافعيُّ: إن كان هناك لَوْثٌ استُحلِفَ الوليُّ، فإن امتنَع استُحْلِف أهلُ المحلةِ[4].

لنا: أنَّه إذا لم يكُنْ به أثَرٌ فالظاهرُ أنَّه مات حَتْفَ أنفِه، والميتُ لا يجبُ فيه قَسامةٌ، ولا دِيَةٌ.

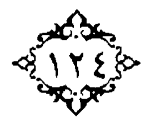
---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٤٢٤) عن أبي مليح: أن عمر بن الخطاب ردد عليهم الأيمان».
وأخرج عبد الرزاق (١٨٣٠٧) عن أبي الزناد: «أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يمينًا، ثم جعلها دية».

(٢) ينظر: ابن أبي شيبة (٢٨٤٢١، ٢٨٤٢٢).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ١١٤)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٧١)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٤٣)، و«البناية» (١٣/ ٣٢٦).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٩٧)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ١٦).



فإن قيل: القَسامةُ تَتَّبعُ الدَّعوى، فإذا ادَّعى الوليُّ ما يجوزُ أن يكونَ، سُمِعَتْ دعواه، ولزِمَتِ القَسامةُ.

قيل له: إذا لم يكُنْ به أثرٌ فالظاهرُ بخلافِ ما يَدَّعِيه، فلا نُسلِّمُ أنَّ الدَّعوى وقعَتْ موجبةً للقسامةِ.

قال: وكذلك إن كان الدمُ يسيلُ من أنفِه، أو من دُبُرِه، أو من فَمِه.

لأنَّ ذلك يكونُ في الغالبِ من غيرِ ضربٍ، فيكونُ بالرُّعافِ، والقيءِ، وغيرِ ذلك، فلم يدلَّ الظاهرُ على أنَّه قتيلٌ.

قال: وإن خرَج من عينِه، أو أُذُنِه فهو قتيلٌ.

وذلك لأنَّ الغالبَ أنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا بضربٍ حادثٍ، فالظاهرُ أنَّه قتيلٌ.

قال: وإذا وُجِد القتيلُ على دابةٍ يسوقُها رجلٌ، فالدِّيةُ على عاقلتِه دونَ أهلِ المحلةِ.

وذلك لأنَّ القتيلَ في يدِه، فكان أخصَّ به من أهلِ المحلةِ، كما لو وُجِد في دارِه.

قال: وإن وُجِد في دارِ إنسانٍ، فالقَسامةُ عليه، والدِّيةُ على عاقلتِه.

وذلك لأنَّ صاحبَ الدارِ أخصُّ بنصرةِ الدارِ من أهلِ المحلةِ، فصار مع أهلِ المحلةِ بمنزلةِ أهلِ المحلةِ مع أهلِ المصرِ، فكما لا يدخُلُ أهلُ المصرِ مع أهلِ المحلةِ، كذلك لا يدخلُ أهلُ المحلةِ مع صاحبِ الدارِ في القَسامَةِ.



وأمَّا وجوبُ الدِّيةِ على عاقلتِه، فلأنَّ الدِّيةَ تجبُ لأجلِ النصرةِ، ونصرةُ صاحبِ الدارِ على عاقلتِه.

قال: ولا يدخلُ السكَّانُ في القَسامةِ مع المُلَّاكِ عند أبي حنيفةَ[1].

يعني: إذا كان في المحلةِ سكَّان وملَّاكٌ، وهذا الذي ذكَره قولُ محمدٍ أيضًا.

وقال أبو يوسفَ: عليهم جميعًا.

وجه قولِهما: أنَّ الملَّاكَ أخصُّ بنصرةِ البقعةِ من السكَّانِ، ألا ترَى أنَّ السكَّانَ قد ينتقلون، والقَسامَةُ إنما تجبُ على من هو أخصُّ بالنصرةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوجَب القسامةَ على اليهودِ، وكانوا سكانًا بخيبرَ»[2].

الجوابُ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقرَّ اليهودَ على أملاكِهم، وكان ما يأخذُه منهم على وجهِ الخراجِ، فلم يكُنْ فيما ذكَره دليلٌ.

قال: وهي على أهلِ الخُطَّةِ دون المشترين، ولو بقيَ منهم واحدٌ.

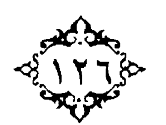
وهذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ. وقال أبو يوسف: يجبُ على الجميعِ.

وجه قولِهما: أنَّ أهلَ الخُطةِ أخصُّ بنصرةِ البُقعةِ من المشترين والحُكمُ يتعلَّقُ بالأخصِّ، فصار المشتري بمنزلةِ الأجنبيِّ، ولأنَّ العقلَ في الأصلِ تعلَّق بأهلِ الخُطةِ، فما بقيَ منهم واحدٌ لا ينتقِلُ عنهم، كموالي الأبِ وموالي الأمِّ،

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٦/ ١١٧)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٣٣، ١٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٩١).

(٢) تقدَّم.



أنَّه لا يلزَمُ موالي الأمِّ ما بقي واحدٌ من موالي الأبِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ أهلَ الخُطةِ تلزَمُهم القَسامةُ بالمِلكِ، وهذا المعنى موجودٌ في المشترين، ولهذا يلزَمُهم بالاتفاقِ، وإذا لم يبقَ أحدٌ من أهلِ الخُطةِ.

قال: وإن وُجِد قتيلٌ في سفينةٍ، فالقَسامةُ على من فيها من الركابِ والملَّاحين.

لأنَّها في أيديهم فهم أخصُّ بها من غيرِهم، وهذا ظاهرٌ على قولِ أبي يوسفَ، حيث أوجَب القسامةَ على السكَّانِ والملَّاكِ.

فأمَّا على قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: فالفرقُ أنَّ السفينةَ تُنقَلُ وتُحوَّلُ، فاعتُبِرَ فيها اليدُ دونَ المِلكِ، كالدَّابةِ إذا وُجِد عليها قتيلٌ.

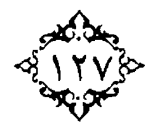
قال: وإن وُجِد في مسجدِ مَحِلَّةٍ، فالقَسامةُ على أهلِها.

وذلك لأنَّهم أخصُّ بالتصرفِ فيه وبنصرتِه من غيرِهم، فكان وجودُ القتيلِ فيه كوجودِه في محلتِهم.

قال: وإن وُجِد في الجامعِ، أو الشارعِ الأعظمِ، فلا قَسامَةَ فيه، والدِّيةُ على بيتِ المالِ.

لأنَّ هذه المواضعَ لا تختَصُّ بها طائفةٌ من المسلمين، بل يتعلَّقُ بها حقُّ جماعتِهم، فما وجَب لأجلِها يكونُ في بيتِ المالِ.

قال: وإن وُجِد في بَرِّيَّةٍ ليس بقربِها عمارةٌ، فهو هَدَرٌ.



وذلك لأنَّ هذه البقعةَ ليس لأحدٍ عليها يدٌ ولا هو أخصُّ بها، فلم يتعلَّقْ به حُكمٌ.

فأمَّا إذا كان بقربِها عمارةُ مصرٍ أو قريةٌ، فعليهمُ القسامةُ والدِّيةُ، واعتبروا في القربِ أن يكونَ بحيثُ يسمعُ فيه الصوتُ؛ لأن الصوتَ إذا بلَغ إليه فالغَوْثُ يلحَقُ تلك البقعةَ من العمارةِ في الغالبِ، فتعلَّق بها الحُكْمُ، وإن لم يبلُغِ الصوتُ لم يلحَقِ الغَوْثُ فلم يجِبْ فيه شيءٌ.

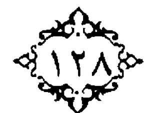
قال: وإن وُجِد بين قريتين كان على أقربِهما.

والأصلُ في ذلك ما روَى أبو سعيدٍ الخدريُّ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتي في قتيلٍ وُجِد بين قريتين، فأمَر أن يُذرَعَ بينهما»[1]. ورُوي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لمَّا كُتِب إليه في القتيلِ الذي وُجِد بين وادِعَة[2] وأرْحَبَ، كتَب بأن يقيسَ بين القريتين. فوُجد القتيلُ إلى وَادِعَةَ أقربَ، فقضَى عليهم بالقسامةِ»[3]. وهذا

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي (٢٣٠٩)، وأحمد (١١٣٤١، ١١٨٤٥)، والبزار (١٥٣٤ - كشف)، والبيهقي (٨/ ١٢٦) من طرق عن أبي إسرئيل، عن عطية العوفي، عن أبي سعيد. قال البزار: «لا نعلمه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا بهذا الإسناد، وأبو إسرائيل ليس بالقوي». ينظر: «الضعفاء» للعقيلي (١/ ٧٦)، و«الكامل» لابن عدي (١/ ٢٨٧)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٩٦).

(٢) في (أ، ج، ح، ش، ض٢، ظ، ع، ي): «وداعة». ووداعة مخلاف باليمن عن يمين صنعاء، كما قاله ياقوت في «معجم البلدان» (٥/ ٣٦٥)، والمثبت من باقي النسخ، ومصدر التخريج موافق لما في «قرة العيون بأخبار اليمن الميمون» (ص٢٥٧). ووادعة قبيلة من قبائل اليمن القحطانية تنسب إلى وادعة بن عمرو بن ناشج، وينسب إليهم مخلاف وادعة بن عمرو. ومن قراهم: بقعة، وعمران، وأعلى وادي نجران. ينظر: «الإكليل» للهمداني (١٠/ ٧٥- ٨٥)، و«معجم البلدان» (١/ ١٤٤)، (٤/ ٤٣٨)، و«معجم قبائل العرب القديمة والحديثة» لكحالة (٣/ ١٢٤١).

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٩٨١)، وابن أبي شيبة (٢٨٣٩٠، ٢٨٤٣١).



محمولٌ على أنَّه كان يبلغُ الصوتُ إلى الموضعِ.

قال: وإن وُجِد في وسطِ الفراتِ يَمُرُّ به الماءُ، فهو هَدَرٌ.

وذلك لأنَّ هذه البقعةَ لا يَثبُتُ عليها اليدُ، فلم يتعلَّقْ به النصرةُ، فلم يجِبْ فيه شيءٌ.

قال: فإن كان محتَبِسًا بالشاطئِ فهو على أقربِ القرى من ذلك المكانِ.

وهذا أيضًا يريدُ به إذا كان يُسمَعُ الصوتُ من القرى، وذلك لأنَّ شطَّ الفراتِ في يدِ من يَقرُبُ منه، ألا ترى أنهم يستقون منه الماءَ ويُورِدون بهائمَهم، وإذا كان في أيديهم كانوا أخصَّ به، فلزِمَهمُ القَسامةُ والدِّيةُ.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: في القتيلِ يوجدُ في السجنِ لا يُعرفُ من قتَله، أنَّه على بيتِ المالِ[1].

وقال أبو يوسفَ: على أهلِ السجنِ القَسامةُ والدِّيةُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنَّ أهلَ السجنِ لا نصرةَ لهم في الظاهرِ لأنَّهم مقهورون، والقَسامةُ تجبُ لأجلِ النصرةِ ولم يوجَدْ ذلك، ولأنَّ منفعةَ السجنِ المقصودُ بها جماعةُ المسلمين، بدليلِ أنَّه وُضِع لدفعِ الضررِ عنهم واستيفاءِ[2] حقوقِهم، فصار كالشارعِ الأعظمِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الظاهرَ أنَّ القتلَ حصَل منهم فكانت القَسامةُ عليهم.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٩٠)، و«البحر الرائق» (٨/ ٤٥٢).

(٢) في (ي): «واستبقاء»، ورسمها بالوجهين في (ع).



وقد قال أبو حنيفةَ: في الرجلِ يُجرَحُ في القبيلةِ فيحمَلُ إلى أهلِه فيموتُ من تلك الجراحةِ، فإن كان صاحبَ فراشٍ حتى مات فعلى عاقلةِ القبيلةِ، وإن لم يكن صاحبَ فراشٍ فلا ضمانَ ولا قسامةَ.

وقال ابنُ أبي ليلى: لا ضمانَ ولا قسامةَ في الوجهين.

وهو قولُ أبي يوسفَ لأبي حنيفةَ: إنَّ الجراحةَ إذا أدَّتْ إلى الموتِ فكأن الموتَ[1] حصَل عقيبَها بدلالةِ وجوبِ القِصاصِ على الجارحِ، فصار في مسألتِنا كأن القتلَ حصَل في القبيلةِ والمحلةِ التي جُرِح فيها، فيلزَمُهم القسامةُ والدِّيةُ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الذي حصَل في المحلةِ ما دونَ النفسِ، وذلك لا تَثبُتُ به قسامةٌ، كمَن قُطعِت يدُه في محلَّةٍ.

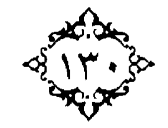
وأما إذا لم يكن صاحب فراش فلا خلاف بينهم أنه لا قسامةَ ولا ديةَ، لأنَّه لا يعلمُ أنَّ الموتَ حصَل من الجراحةِ، فلا يلزمُ أهلَ المحلةِ بالشكِّ.

وقد قالوا: إذا كمُل العددُ فأراد الوليُّ أن يُكرِّرَ اليمينَ على بعضِهم فليس له ذلك؛ لأن اليمينَ في الأصلِ لا يُكرَّرُ على واحدٍ، وإنَّما فعلنا ذلك عند نقصانِ العددِ للضرورةِ، فإذا كمُل العددُ عُدْنا إلى الأصلِ.

وقالوا: من أبى منهم اليمينَ حُبس حتى يَحلِفَ؛ لأن اليمينَ نفسُ الحقِّ في القسامةِ، بدليلِ أنَّه يُجمَعُ بينها وبين الدِّيةِ، وأيضًا لما قال الحارثُ بنُ الأزمعِ لعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنبذُلُ أيمانَنا وأموالَنا، أما تجزئُ هذه عن هذه؟ قال: لا»[2]. وإذا

(١) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «القتل».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٨٢٦٦) وقد تقدَّم تخريجه في صدر الكتاب.



ثبَت أنها نفسُ الحقِّ، وكلُّ من امتَنع من حقٍّ عليه وهو يَقْدِرُ على أدائه حُبِس.

ولا يُشبِهُ هذا النكولَ في سائرِ الأيمَانِ؛ لأن اليمينَ هناك ليست نفسَ الحقِّ، ألا تَرى أنَّ المدَّعى عليه إذا لم يحلِفْ وبَذَل المالَ لم يلزَمْه شيءٌ، فلهذا لا يُحبَسُ.

قال: وإذا ادَّعى الوليُّ على واحدٍ من أهلِ المَحِلَّةِ بعينِه، لم تَسقُطِ القَسامةُ عنهم[1].

وهذا الذي ذكَره هو القياسُ، ورَوى ابنُ المباركِ، عن أبي حنيفةَ: أنَّ القسامةَ تَسقُطُ. وعن محمدٍ مثلُه.

وجه القياسِ، وهو رواية «الأصل»: أنَّا قد علمنا أنَّ القاتلَ أحدُ أهلِ المحلةِ في الظاهرِ، ولهذا يجبُ عليهمُ الضمانُ، فإذا ادَّعى الوليُّ على واحدٍ بعينِه، فلم يزد على ما علمناه، فلا يتغيرُ حكمُ القسامةِ بذلك.

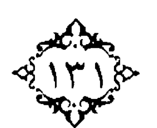
وجهُ الروايةِ الأخرى: أنَّ دعواه على واحدٍ أبرَأ للباقين، فلم يَجُزِ استحلافُهم مع إبراءِ الوليِّ لهم.

قال: وإنِ ادَّعى على واحدٍ من غيرِهم سَقَطَتْ عنهم.

وذلك لأنَّ هذا الحكمَ لا يلزَمُ أهلَ المحلةِ بظهورِ القتيلِ إلَّا بعد أن يَدَّعيَ عليهمُ الوليُّ، فإذا ادَّعى على غيرِهم فقد نَفَى بدعواه القتلَ عن أهلِ المحلةِ، فسَقَط عنهم حكمُ ذلك.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٢٢٢)، و«العناية» (١٠/ ٣٨٧)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٤٥)، و«البناية» (١٣/ ٣٥٢).



قال: وإذا قال المُستحْلَفُ: قتَلَه فلانٌ، أُستحْلِفُ باللَّهِ ما قتَلْتُ ولا علمتُ[1] له قاتلًا غيرَ فلانٍ.

وذلك لأنَّه يريدُ إسقاطَ الخصومةِ عن نفسِه بقولِه فلا يُقبلُ، ويحلفُ على ما ذكَر، لأنَّه لمَّا أقرَّ بالقتلِ على واحدٍ صار مستثنًى من اليمينِ، فبقيَ حكمُ مَن سواه، فيحلِفُ عليه.

قال: وإذا شَهِد اثنانِ من أهلِ المَحِلَّةِ على رجلٍ من غيرِهم أنَّه قتَله، لم تُقبَلْ شهادتُهما.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُقبلُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ شهادةَ أهلِ المحلةِ قبلَ الدَّعوى على غيرِهم لا تُقبلُ لأنَّهم صاروا خصومًا، فإذا أبرأهم الوليُّ كان متهمًا لجوازِ أن يكونَ توصَّل بالبراءةِ إلى تصحيحِ شهادتِهم، فلا تُقبلُ شهادتُهم وإن خرجوا من الخصومةِ، لمكانِ التهمةِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ أهلَ المحلةِ لا يَدفعون عن أنفسِهم بهذه الشهادةِ مَغْرَمًا، ولا يُحصِّلون بها مغنَمًا، فوجَب أن تُقبلَ كشهادةِ غيرِهم.

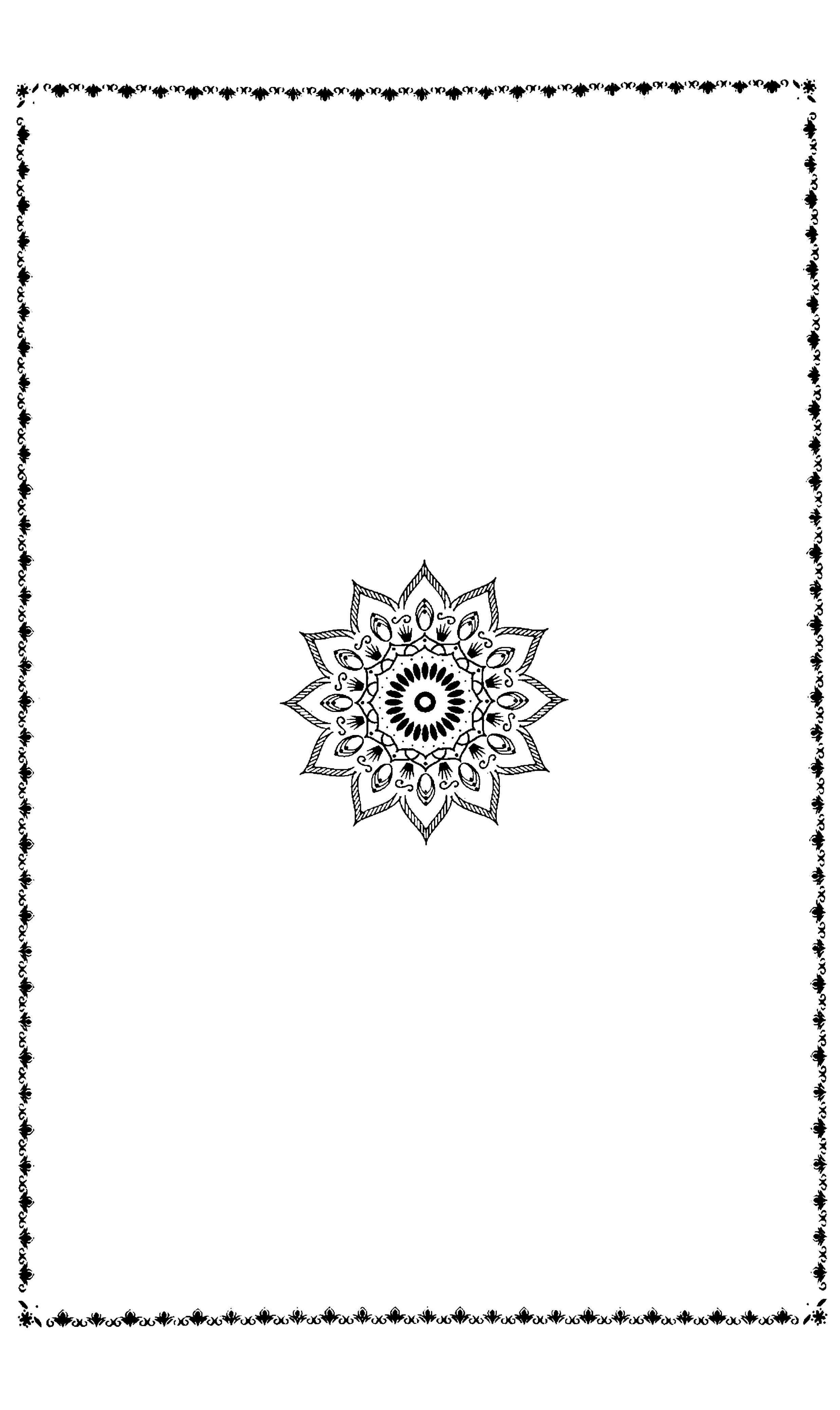
والله أعلم

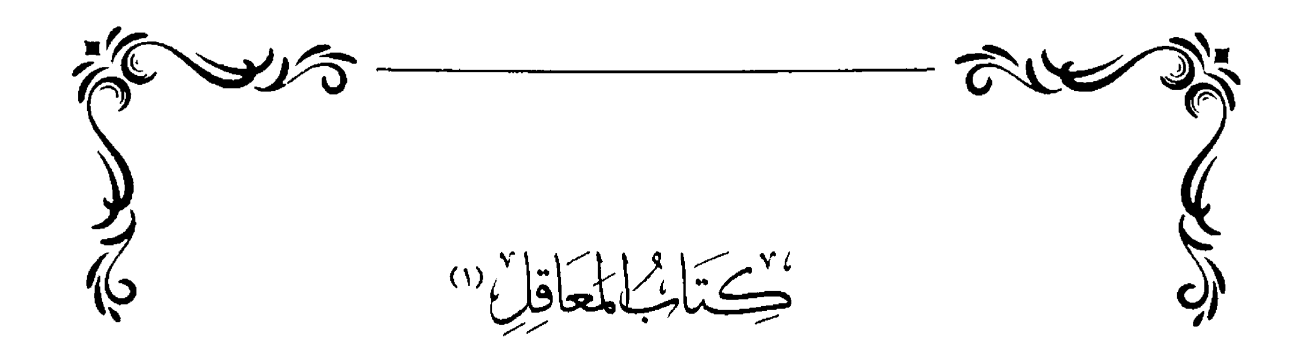
---

(١) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «عرفت».



كِتَابُ المَعَاقِلِ





كتابُ المعاقلِ[1]

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: الدِّيةُ في شِبهِ العَمْدِ والخطأِ وكلِّ ديةٍ وجبَتْ بنفسِ القتلِ على العاقلةِ.

وقد دلَّلْنا على ذلك فيما تقدَّم.

قال: والعاقلةُ أهلُ الدِّيوانِ، إن كان القاتلُ من أهلِ الدِّيوانِ[2].

وقال الشافعيُّ: على القبيلةِ، ولا يلزَمُ أهلَ الدِّيوانِ شيءٌ، إلَّا أن يكونوا من النَّسَبِ[3].

لنا: ما رُوِيَ عن إبراهيمَ النخعيِّ، أنَّه قال: «كانتِ الدِّيةُ على القبائلِ، فلمَّا دوَّن عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الدواوين جعَل الدِّيةَ على أهلِ الدِّيوانِ»[4]. فلم ينكِرْ ذلك أحدٌ.

---

(١) قال في حاشية (ش): «المعاقل جمع معقلة، كالمكارم جمع مكرمة، وقد تسمى الدية عقلًا؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك، أي: تمنع. وقد ذكر في كتاب الديات أنواعها ومقاديرها، لكن المراد هنا بيان من تجب عليه الدية».

وقال في حاشية (ي): «قال الأزهري: العقل الدية، لأن مؤديها يعقلها نقدًا أولياء المقتول، يقال: عقلت فلانًا إذا أعطيت ديته، وعقلت عن فلان إذا غرمت عنه دية جنايته». ينظر: «تهذيب اللغة» (١/ ١٥٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٩/ ٣٨٢)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٥٢)، و«المبسوط» (٢٧/ ١٢٥-١٢٧).

(٣) ينظر: «الأم» (٤/ ١٦٦)، (٧/ ٣٥٧)، و«الحاوي» (١٢/ ٣٤٦)، و«العزيز» (١٠/ ٤٦٤).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٠٠٨). وينظر: «الموطأ» (٢/ ٨٧٠).

=



فإن قيل: يَحْتَمِلُ أنَّه وضَعها على أهلِ القبيلةِ من أهلِ الدِّيوانِ.

قيل له: لو كان كذلك لم يتغيَّرِ الأمرُ عمَّا كان عليه قبلَ الدِّيوانِ، والخبرُ يقتضِي تغيُّرَ الحكمِ.

فإن قيل: كانت الدِّيةُ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وزمنِ أبي بكرٍ على القبيلةِ، فكيف يجوزُ أن يُنسَخَ هذا الحكمُ في زمنِ عمرَ؟

قيل له: لم يكُنْ في ذلك الزمانِ ديوانٌ وكان على القبائلِ، وما فعلَه عمرُ ليس بنسخٍ إذ لو كان نسخًا لأنكَر عليه المهاجرون والأنصارُ، وإنَّما لم يُنكروه لأنَّهم علِموا أنه حكمٌ متعلِّقٌ بشرطٍ وهو النُّصرةُ، فلمَّا حدثَتْ نصرةٌ في زمنِ عمرَ، لم يكن انتقَل العقلُ[1] إليها.

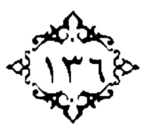
وهذا كما رُوي: «أنَّ عمرَ ضاعَف على بني تغلِبَ الصدقةَ»[2]. ولم يكن ذلك في زمنِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأن السببَ الذي ضاعَف لأجلِه لم يكن في ذلك الزمانِ، وكذلك وضَع الخراجَ، ولم يُعَدَّ ذلك نسخًا، وإن كان النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يضَعْ إلَّا العُشرَ، لما لم يكنِ السببُ الذي لأجلِه وضَع الخراجَ موجودًا، وهو إقرارُ أهلِ الأرضِ المغنومةِ عليها مع كفرِهم.

ولأنَّ العقلَ يُتحَمَّلُ بالتناصرِ، بدليلِ أنَّه لا يجبُ على الصبيِّ والمرأةِ، والنصرةُ

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٩): «الدِّيوان بالدال المهملة: الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء، وهو فارسي معرب، ويقال له: الجريدة. قال في المغرب: من دوَّن الكتب، إذا جمعها، لأنها قطع من القراطيس مجموعة». ينظر: «المغرب» (١/ ٢٩٩).

(١) في (ح): «الحكم»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) تقدَّم.



بالدِّيوانِ أخصُّ بدليلِ أنَّ يومَ الجملِ خرجَت كلُّ قبيلةٍ إلى قبيلتِها، وإذا كانت أخصَّ بالنصرةِ كذلك بالعقلِ، ولا يلزَمُ الصنائعَ لأنَّهم إن تناصروا بها تعاقلوا.

فإن قيل: معنًى يتعلَّقُ بالتعصيبِ إذا لم يكن من أهلِ الدِّيوانِ فوجَب أن يتعلَّقَ بالتعصيبِ إذا كان من أهلِ الدِّيوانِ، أصلُه ولايةُ النكاحِ والميراثُ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنَّه يتعلَّقُ بالتعصيبِ، بدليلِ أنَّ الصبيَّ والمجنونَ لهما تعصيبٌ ولا يتحمَّلانِ، وإنَّما يتعلَّقُ بالنُّصرةِ، فإذا لم يكن ديوانٌ فالنصرةُ في الأهلِ، وإذا كان ديوانٌ فالنصرةُ فيه، فكان العقلُ عليهم.

قال: يُؤخذُ من عطاياهم[1] في ثلاثِ سنين.

وذلك لما رَوى النخعيُّ: «أنَّ الدِّيةَ كانت على القبائلِ، فلمَّا وضَع عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الدواوينَ جعَلها على أهلِ الدواوينِ، تؤخذُ من أعطياتِهم في ثلاثِ سنين»[2]. وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ، ولم يُنكِر أحدٌ.

قال: فإن خرَجَت العَطِيَّاتُ[3] في أكثرَ من ثلاثِ سنين أو أقلَّ أُخِذَ منها.

وذلك لأنَّها وُضِعتْ في عَطِيَّاتِهم[4] لأجلِ التخفيفِ، فوجَب أن يُعتبَرَ وقتُ خروجِها.

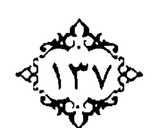
---

(١) في (أ، أ٢، ش، ع، غ، ظ، م، ونسخة مصحح عليها بحاشية ح): «أعطياتهم»، وفي (ج): «عطياتهم»، وفي (ل): «إعطائهم».

(٢) تقدَّم.

(٣) في (ر، ض١، ي، ونسخة مختصر القدوري): «العطايا»، وفي (ض): «عطاياهم»، وفي (ل): «العطايات».

(٤) في (ر، ض١، ي): «عطاياهم».



والعطيةُ: ما تُفرَضُ للمقاتِلةِ في كلِّ سنةٍ.

قال: ومَن لم يكُنْ مِن أهلِ الدِّيوانِ فعاقِلُته قبيلتُه، تقسَّطُ عليهم في ثلاثِ سنين.

وذلك لِما رُوِّينا: «أنَّها كانت على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على القبائلِ، وإنَّما نقَلها عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى الدِّيوانِ»[١]. فمن ليس من أهلِ الدِّيوانِ بقيَ على الأصلِ.

قال: لا يُزادُ الواحدُ على أربعةِ دراهمَ، في كلِّ سنةٍ درهمٌ[٢] ودانقانِ[٣]، ويُنقَصُ منها[٤].

وقال الشافعيُّ: يوضَعُ على الغنيِّ نصفُ دينارٍ، وعلى المتوسطِ الحالِ ربعُ دينارٍ[٥].

لنا: أنَّها تجبُ على وجهِ التخفيفِ، فلا يجوزُ إيجابُ ما يُجحِفُ به، ولأنَّ ما ذكَروه يؤخذُ في الزكاةِ بنفسِه، فلا يتقدَّرُ به ما يَلزمُ آحادَ العاقلةِ، أصلُه البعيرُ والبقرُ.

فإن قيل: ما لا يُقطَعُ فيه السارقُ فهو في حكمِ القليلِ التافهِ، فلا يقدَّر به ما يَلزمُ آحادَ العاقلةِ.

---

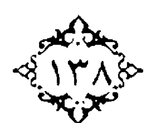
(١) تقدَّم.

(٢) ليس في (ض)، وفي (ش): «أو درهم».

(٣) المثبت من (ح، ر، ض١)، وفي باقي النسخ: «ودانقين».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٦)، و«الهداية» (٤/ ٢٢٦)، و«الاختيار» (٥/ ٦٠)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٧٨).

(٥) ينظر: «المهذب» (٣/ ٢٤١)، و«الوسيط» (٦/ ٣٧٣)، و«البيان» (١١/ ٦٠٤).



قيل له: هذا موضعُ الخلافِ؛ لأن عندنا أقلَّ ما يُتحَمَّلُ لا يُتقدَّرُ وإنَّما يُتقدَّرُ أكثرُه، فلا يُزادُ على أربعةٍ لاعتبارِ التخفيفِ، ألا ترى أنَّ ما يزيدُ على أربعةٍ في حكمِ الكثيرِ حينَ وجَب في الزكاةِ بنفسِه.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ مَن مات من العاقلةِ لم يؤخَذْ نصيبُه من تركتِه[1]. وقال الشافعي: يؤخَذُ[2].

لنا: أنَّ التحمُّلَ إنَّما هو بالنُّصرةِ، وقد سقَطَتِ النصرةُ بموتِه فسقَط ما يَجبُ لأجلِها.

فإن قيل: دَيْنٌ استقَرَّ عليه حالَ حياتِه فلا يَسقُطُ بموتِه، كسائرِ الدُّيونِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنَّه استقَرَّ؛ لأن أحدَ علاماتِ الاستقرارِ عندنا ألَّا يسقُطَ الحقُّ بالموتِ، والمعنى في سائرِ الدُّيونِ أنَّها لا تجبُ على طريقِ التبرعِ، فلا يؤثِّرُ فيها الموتُ، والتحملُ يجبُ على وجهِ التبرعِ فأثَّرَ الموتُ في سقوطِه، كنفقةِ ذوي الأرحامِ.

قال: فإن لم تتسِعِ القبيلةُ لذلك ضُمَّ إليها أقربُ القبائلِ إليهم.

وذلك لأنَّهم أهلُ نصرتِه عند عدمِ القبيلةِ، فجاز أن يُضَمَّ إلى القبيلةِ عند قِلَّتِها.

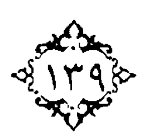
قال: ويدخُلُ القاتلُ مع العاقلةِ، فيكونُ فيما يُؤدِّي كأحدِهم[3].

---

(١) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧٥٦)، و«المبسوط» (٢/ ١٩٥)، و«فتح القدير» (٢/ ١٦٧).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٢/ ٣٥٢)، و«التنبيه» (ص٢٢٩)، و«بحر المذهب» (١٢/ ٣٢٤).

(٣) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٧٤٥)، و«شرح أدب القاضي» (٢/ ١٣٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٦)، و«اللباب» (٣/ ١٧٩).



وقال الشافعيُّ: لا يلزمُ القاتلَ شيءٌ[1].

لنا ما رُوي: «أنَّ سلمةَ بنَ نُعيمٍ قتَل رجلًا يومَ اليمامةِ يظنُّه كافرًا وكان مسلمًا، فقال له: عمرُ بنُ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الدِّيةُ عليك وعلى قومِك»[2]. ولأنَّ التحمُّلَ يثبُتُ لأجلِ التخفيفِ عنه، فإذا صار كأحدِهم فقد وُجِد التخفيفُ.

فإن قيل: رُوي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضَى بديةِ المقتولةِ على عصبةِ القاتلةِ»[3].

قيل له: قال أصحابُنا: إنَّ القاتلَ إذا لم يكن من أهلِ التحمُّلِ لا يدخُلُ في العاقلةِ، والمرأةُ ليست من أهلِ التحمُّلِ.

فإن قيل: ما وجَب تحمُّلُه عن الغيرِ يجبُ تحمُّلُ جميعِه، كالنفقةِ وصدقةِ الفِطرِ.

قيل له: التحمُّلُ هو أن يجبَ على الإنسانِ شيءٌ يلزمُ غيرَه، والنفقةُ وصدقةُ الفطرِ تجبُ على المخاطَبِ ابتداءً، فلا نُسلِّم التحمُّلَ فيها.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ القاتلَ إذا لم يكن له عاقلةٌ فالدِّيةُ في بيتِ المالِ؛ لأن جماعةَ المسلمين هم أهلُ نصرتِه، ليس بعضُهم أخصَّ من بعضٍ بذلك، ولهذا إذا مات كان مالُه لبيتِ المالِ، فيكونُ ما يلزمُه من الدِّيةِ أيضًا في بيتِ المالِ.

وقد رُوي عن أبي حنيفةَ روايةٌ شاذةٌ: أنَّ الدِّيةَ في مالِه.

---

(١) ينظر: «حلية العلماء» (٧/ ٥٩٥- ٥٩٧)، و«البيان» (١١/ ٥٩٧)، و«المجموع» (١٩/ ١٥٤- ١٥٦).

(٢) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٩٨٦).

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٤٠)، ومسلم (١٦٨١/ ٣٥) عن أبي هريرة.

ووجهُها: أنَّ الأصلَ أنَّ الدِّيةَ تتعلَّقُ بمالِ القاتلِ، بدليلِ أنَّه بدلٌ متلَفٌ فلزِم المتلِفَ كسائرِ المتلفاتِ، ولأنَّها لو لم تلزَمْه في الأصلِ لم تلزَمْه إذا أقرَّ بها، ولصار كأنَّه أقرَّ على غيرِه، ووجوبُها على العاقلةِ إنَّما هو على وجهِ التخفيفِ، فإذا لم يكن له عاقلةٌ عاد إلى حكمِ الأصلِ.

قال: وعاقلةُ المعتَقِ قبيلةُ مولاه.

وذلك لأنَّ تحمُّلَ الدِّيةِ بالنصرةِ، وذلك يحصُلُ للمعتَقِ من جهةِ مولاه وقبيلةِ مولاه، وقد دلَّ على ذلك أيضًا قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَوْلَى القومِ منهم»[1].

قال: ومَوْلَى المُوالاةِ يَعقِلُ عنه مَوْلاه وقبيلتُه.

وقال الشافعيُّ: لا تجب عليهم.

لنا: أنَّه ولاءٌ يتناصرون به فجاز أن يَتَحَمَّلَ به الدِّيةَ كولاءِ العتاقةِ، والمسألةُ مبنيةٌ على أنَّ الموالاةَ عقدٌ صحيحٌ، وهو المنعقِدُ على العقدِ والولاءِ، وإذا صحَّ العقدُ تثبُتُ الأحكامُ المقصودةُ.

فإن قيل: ليس بينهما قرابةٌ فلا يتحمَّلُ الدِّيةَ كالأجنبيِّ.

قيل له: الأجنبيُّ إنَّ كان يَنتصِرُ القاتلُ به يَحمِلُ عنه عندنا، كأهلِ الدِّيوانِ، وإن كان لا ينتصرُ به لم يَتحمَّلْ.

والفرقُ بينهما وجودُ النُّصرةِ في أحدِهما دونَ الآخرِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٥٠)، والترمذي (٦٥٧)، والنسائي (٢٦١١)، وفي «الكبرى» (٢٣٩٤) من طريق شعبة، عن الحكم بن عتيبة، عن عبيد الله بن أبي رافع، عن أبيه أبي رافع.

قال: ولا تَتحمَّلُ العاقلةُ أقلَّ من نصفِ عُشرِ الدِّيةِ، وتتحمَّلُ نصفَ العُشرِ فصاعدًا، وما نقَص من ذلك في مالِ الجاني.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قوليه: العاقلةُ لا تَتحمَّلُ ما دونَ النفسِ. وفي قولٍ آخرَ: تَتحمَّلُ القليلَ والكثيرَ.

أما الدليلُ على أنَّها تتحمَّلُ ما دونَ النفسِ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بغُرةِ الجنينِ على العاقلةِ»[1]. يبيِّنُ ذلك: «أن حَمَلَ بنَ مالكٍ لما قضَى عليهمُ النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالغُرةِ، قال: كيف نَدِي مَن لا أكَل ولا شَرِب»[1]. ولأنَّ القصاصَ يجيءُ في عَمْدِه، وتتقدَّرُ الدِّيةُ في خطئه، فأشبَه النفسَ.

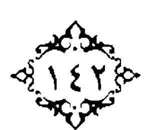
والدليلُ على أنَّها لا تتحَمَّلُ ما دونَ نصفِ العُشرِ: أنَّ القصاصَ لا يجبُ في عَمْدِه، ولا يتقَدَّرُ أرشُه بنفسِه، فصار كضمانِ الأموالِ.

فإن قيل: مَن حمَل كثيرَ الأرشِ حمَلَ قليلَه، أصلُه الجاني.

قيل له: وجوبُ الضمانِ على الجاني بجنايتِه هو مقتضى الأصولِ، ووجوبُها على غيرِه خارجٌ عن الأصولِ، فلا يقالُ إذا اطَّرَد ما وُضِع عليه الأصولُ يجبُ أن يَطَّرِدَ ما خرَج عن الأصولِ.

وإذا ثبَت أنَّ ما دونَ نصفِ العُشرِ لا تتحمَّلُه العاقلةُ كان في مالِ الجاني لأنَّه الأصلُ، والوجوبُ عليه في جميعِ الأحوالِ إلَّا أن يثبُتَ التخفيفُ عنه بالتحمُّلِ، فما لا يتحمَّلُ يكونُ على الأصلِ، وما تتحمَّلُه العاقلةُ إذا كان ثلثَ الدِّيةِ فما دونَه يكونُ في سَنةٍ، اعتبارًا بما يلزَمُ آحادَ العاقلةِ في السَّنةِ الأولى.

(١) تقدَّم.



قال: ولا تَعقِلُ العاقلةُ جنايةَ[1] العبدِ.

فإنَّه لِما رُوي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّه قال: «لا تعقِلُ العاقلةُ عبدًا، ولا عَمْدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا»[2].

قال: ولا تَعقِلُ العاقلةُ الجنايةَ التي اعترَف بها الجاني، إلَّا أن يُصَدِّقُوه.

وقد دلَّلنا على ذلك فيما تقدَّم، فأمَّا إذا صَدَّقوه لزِمَهم، لأنَّا أسقَطْنا عنهمُ التَّحمُّلَ للتهمةِ، فإذا صَدَّقوه زالَتِ التهمةُ فلزِمَهم.

قال: ولا يعقِلُ ما لزِم بالصلحِ.

وقد دللنا على ذلك فيما تقدَّم.

قال: وإذا جنَى الحُرُّ على العبدِ جنايةً خطأً كانت على عاقلتِه.

وقال الشافعيُّ، في أحدِ قوليه: لا يَتحمَّلُ.

لنا: أنَّه ضمانُ نفسِ آدميٍّ بالقتلِ، فجاز أن تتحمَّلَه العاقلةُ كالحُرِّ.

فإن قيل: رَوى ابنُ عباسٍ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تعقِلُ العاقلةُ عَمْدًا، ولا عبدًا، ولا صُلحًا، ولا اعترافًا»[3].

قيل له: هذا موقوفٌ على ابنِ عباسٍ، ولم يُسنَدْ من جهةٍ صحيحةٍ، ولأنَّ معناه: لا تَعقِلُ العاقلةُ جنايةَ العبدِ. ألَا ترى أنَّه قال: «ولا عَمْدًا»؟ أو معناه: جناية

---

(١) قال في حاشية (ح): «المصدر مضاف إلى فاعله، أي: لا يعقل جناية صدرت من العبد».

(٢) تقدَّم.

(٣) تقدَّم تخريجه أثناء الشرح لقول الماتن: «وعمد الصبي والمجنون خطأ، وفيه الدِّيةُ على العاقلةِ».

العمدِ. كذلك قولُه: «ولا عَبدًا» معناه: جنايةَ العبدِ.

فإن قيل: ما يُضمَنُ بالقيمةِ لا تتحمَّلُه العاقلةُ كالأموالِ.

قيل له: الأموالُ يستوي في ضمانِها العَمْدُ والخطأُ، فلم تتحمَّلْها العاقلةُ، والجنايةُ على العبدِ بخلافِ ذلك.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ ما دونَ النفسِ من العبدِ لا تتحمَّلُه العاقلةُ.

وقال الشافعيُّ، في أحدِ قوليه: تتحمَّلُه[1].

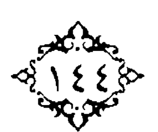
لنا: أنه متلفٌ، لا يجبُ القصاصُ على الحريةِ مع إمكانِ المماثلةِ، فلم تتحمَّلْه العاقلةُ كطرفِ البهيمةِ.

فإن قيل: من تحمَّلَتِ العاقلةُ بدلَ نفسِه تحمَّلتْ بدلَ ما دونَها كالحُرِّ.

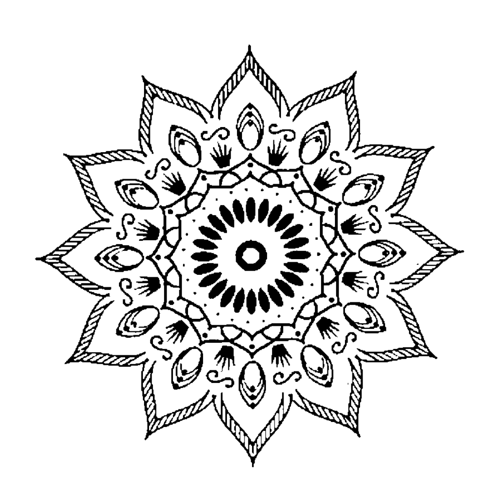
قيل له: الحرُّ ما دونَ النفسِ منه يجوزُ أن يجبَ القصاصُ على الحرِّ بقطعِه، وفي العبدِ بخلافِه.

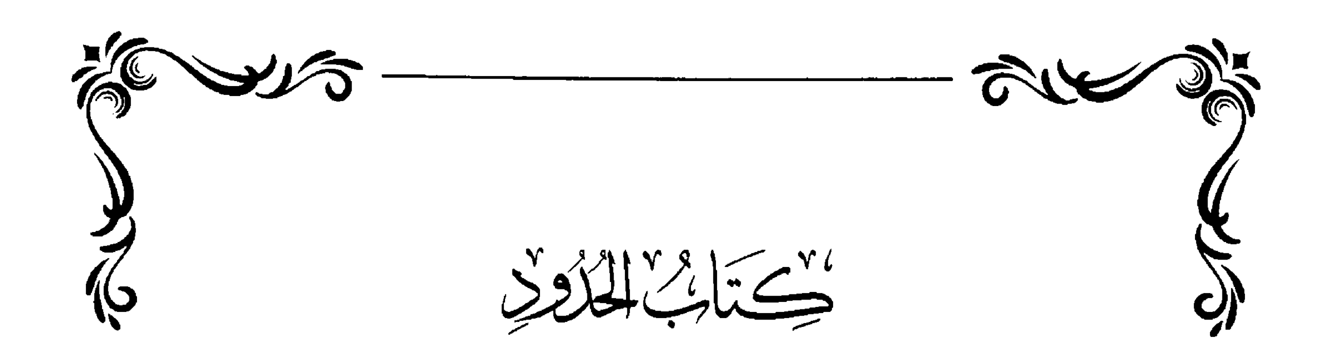
والله أعلم

(١) بعده في (ي): «العاقلة».



كِتَابُ الحُدُودِ





كتاب الحدود

الحَدُّ في اللغةِ: عبارةٌ عن المَنْعِ، ومنه قيل للبَوَّابِ: حَدَّادٌ؛ لأجلِ المنعِ الذي يكونُ منه، وسُمِّي اللفظُ الذي يُفِيدُ المعنى ويَجْمَعُه حَدًّا؛ لأنه يمنَعُ مِن دُخُولِ غيرِه فيه.

وهو في الشريعةِ: عبارةٌ عن عقوبةٍ مُقدَّرةٍ تُسْتوفَى لحقِّ اللَّهِ تعالى، ولمَّا كانَتْ هذه العقوبةُ موضوعةً للمَنْعِ عن الفعلِ المَنْهِيِّ عنه سُمِّيتْ حَدًّا، ولم يُسَمَّ القصاصُ حَدًّا؛ لأنَّه يُسْتوفَى لحقِّ الآدميِّ، ولم يُسَمَّ التَّعزيزُ حَدًّا؛ لأنَّه غيرُ مُقدَّرٍ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الزِّنى يَثْبُتُ بالبيِّنةِ والإقرارِ.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾ [النساء: ١٥]، وقبِلَ النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ إقرارَ ماعزٍ بالزِّنى[١]، وكذلك قَبِلَ إقرارَ الغامديَّةِ[٢]، ولا خلافَ في ثُبُوتِ الزِّنى بالبيِّنةِ والإقرارِ.

قال: فالبيِّنةُ أن يشهدَ أربعةٌ مِن الشُّهودِ على رجلٍ أو امرأةٍ بالزِّنى؛ فيَسْألُهم الإمامُ عن الزِّنى: ما هو، وكيف هو، وأين زنَى، ومتى زنَى، وبمَن زنَى؟ فإذا بيَّنوا ذلك، وقالوا: رَأَيْناه وطِئها في فَرْجِها كالمِيلِ في المُكْحُلةِ. وسأل القاضي عنهم فعُدِّلوا في السِّرِّ والعلانيةِ حكَم بشهادتِهم.

---

(١) ينظر: «صحيح البخاري» (٦٨٢٤)، و«صحيح مسلم» (١٦٩٢- ١٦٩٥).

(٢) ينظر: «صحيح مسلم» (١٦٩٥).



وهذه الجملةُ تشتمِلُ على فصولٍ؛ منها: أنَّ الزِّنى لا يَثبُتُ بأقلَّ مِن شهادةِ أربعةٍ[1]؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: ١٥]، وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٤]، وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهلالِ بنِ أُميَّةَ لمَّا قذَف امرأتَه: «ائْتِني بأربعةٍ يَشْهَدون وإلا فَحَدٌّ في ظَهْرِك»[2].

ومنها: أنَّ الإمامَ يسألُهم عن صفةِ الزِّنى، وذلك لأنَّ ما دونَ الزِّنى يُسَمَّى زِنًى، قال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العَيْنانِ تَزْنيانِ، واليَدانِ تَزْنيانِ، والرِّجلانِ تَزْنيانِ، ثُمَّ يُحقِّقُ ذلك الفرجُ»[3].

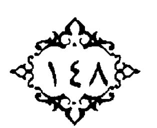
فلا يُؤمَنُ أن يُسَمِّيَ الشُّهودُ مُقدِّماتِ الزِّنى زنى[4]، فيَسْأَلُهم عن صفتِه ليأمَنَ ذلك، ولا يُقِيمُ الحَدَّ بالشَّكِّ، ثُمَّ يَسْأَلُهم متى زنَى؟ لجوازِ أن يكونَ زنَى في وقتٍ مُتقدِّمٍ، والشهادةُ بحدٍّ مُتقدِّمٍ لا تُقبَلُ على ما نُبيِّنُه، ويَسْأَلُهم: أينَ زنَى؟ لجوازِ أن يكونَ زنَى في دارِ الحربِ، والمسلمُ متى زنَى في دارِ الحربِ، ثُمَّ خرَج إلينا

(١) قال في حاشية (ح): «وإنما كان شهود الزِّنى أربعة وشهود القتل اثنين، وإن كان أعظم منه؛ لأن الحكمة اقتضت الستر في الزِّنى فشرط كثرة الشهود، ليكون أبلغ في الستر، وثبت القتل بشاهدين، بل بلوث وقسامة، صيانة للدماء وحفظًا لها».

(٢) أخرجه النسائي (٣٤٦٩)، وأبو يعلى (٢٨٢٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٩٦١، ٥١٤٨)، وفي «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠١)، وابن حبان (٤٤٥١) من حديث أنس بن مالك. وهو عند البخاري (٢٦٧١، ٤٧٤٧) من حديث ابن عباس؛ بلفظ: «البينة أو حد في ظهرك».

(٣) أخرجه بنحوه البخاري (٦٢٤٣، ٦٦١٢)، ومسلم (٢٦٥٧). وأخرجه بلفظه أحمد (٨٨٤٣، ٩٣٣١)، وأبو يعلى (٦٥٠١)، وابن حبان (٤٤١٩) كلهم من حديث أبي هريرة.

(٤) ليس في: (س، ش، ل).



لـم يُقَـمْ عليـه الحـدُّ؛ لأنَّه لـم يَكُـنْ للإمـامِ عليه يَدٌ عندَ وُجُوبِ الحدِّ، فصار ذلك شُبْهةً في سُقُوطِه، ويَسْأَلُهم: بَمن زنَى؟ لأنَّهم إذا لم يعرِفوا المَزْنِيَّ بها جاز أن تكـونَ امرأتَـه أو جاريتَـه، فإذا قالوا: لا نعرِفُها. صار شُبْهةً في سُقُوطِ الحدِّ، فإذا بَيَّنوا جميعَ ذلك يسألُ عن عدالتِهم في السِّرِّ والعلانيةِ؛ لأنَّ الشهادةَ على الزِّنى يُعْتَبَرُ فيها مِن الاستظهارِ ما لا يُعْتَبَرُ في غيرِها؛ بدليلِ أنَّه يُعْتَبَرُ فيها زيادةُ العددِ، فلذلك استظهَر في السؤالِ عن عدالتِهم.

وقد قال أصحابُنا: إذا شهِد ثلاثةٌ بالزِّنى ولم يَشهَدِ الرابعُ حُدَّ واحدٌ القذفَ[1]. وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخرَ: لا حدَّ عليهم[2].

لنا: ما رِوِي: «أنَّ أبا بكرةَ، وشبلَ بنَ مَعْبَدٍ، ونافعَ بنَ الحارثِ شهِدوا على المغيرةِ[3] بالزِّنى عندَ عمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثُمَّ قام الرابعُ، وهو زيادُ بنُ أبيهِ[4]، فقال: رأيتُ أقدامًا باديةً، ونَفَسًا عاليةً، وأمرًا مُنكَرًا، ولا أعلمُ ما وراءَ ذلك.

---

(١) في (ر): «القاذف».

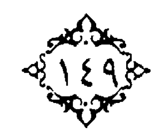
وينظر: «المبسوط» (٩/ ١٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٤٨)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٨٩).

(٢) ينظر: «الأم» (٨/ ١٢٦)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٨)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٠١)، و«حلية العلماء» (٨/ ٢٧٣).

(٣) قال في حاشية (ح): «وهم أربعة إخوة لأم اسمها سمية».

(٤) في (أ٢، ح، ر، ض٢، غ، م، ي): «زياد بن أُميَّة». والمثبت من باقي النسخ هو الصواب، فزياد ابن أبيه هو أخو أبي بكرة الثقفي لأمه سمية. ينظر: «طبقات ابن سعد» (٧/ ٩٩)، و«الاستيعاب» (٢/ ٥٢٣)، و«أسد الغابة» (٢/ ٢٧١)، و«سير أعلام النبلاء» (٣/ ٤٩٤)، و«الإصابة» (١/ ٥٨٠).

وقال في حاشية (ح): «قال في المعجم: وكان يعد من الدهاة».



فقال عمرُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: الحمدُ للَّهِ الذي لم يَفضَحْ رجلًا[1] مِن أصحابِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وحَدَّ[2] الثلاثةَ»[3]، وكان ذلك بحضرةِ[4] الصحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ مِن غيرِ نكيرٍ.

وروِي: «أنَّ ثلاثةً شهِدوا عندَ عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ على رجلٍ بالزِّنى، وقال الرابعُ: رأيتُهما في ثوبٍ واحدٍ. فإنْ كان هذا زنى فهو ذلك، فحَدَّ عليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ الثلاثةَ، وعزَّر الرجلَ والمرأةَ»[5].

ولأنَّ حدَّ القذفِ وُضِع صيانةً للأعراضِ، فلو لم يُحَدَّ الشُّهودُ إذا نقَصوا عن أربعةٍ لكان كلُّ مَن أراد أن يقذِفَ رجلًا أتَى به عندَ الحاكمِ بلفظِ الشهادةِ، وهذا فاسدٌ.

فإن قيل: العددُ شرطٌ في هذه الشهادةِ، فنُقْصانُه لا يُوجِبُ الحدَّ على[6] الشاهدِ، أصلُه العدالةُ.

قيل له: الفاسقُ لا تُرَدُّ شهادتُه لمعنًى مقطوعٍ به، بل لأمرٍ مظنونٍ. وفي مسألتِنا رُدَّتِ الشهادةُ لفَقْدِ شرطٍ مقطوعٍ به، فجاز أن يجِبَ الحدُّ عليهم.

(١) في (ي): «أحدًا».

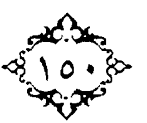
(٢) في (ي): «جلد».

(٣) ذكره البخاري تعليقًا في (٣/ ١٧٠)، وأخرجه الحاكم (٣/ ٤٤٨، ٤٤٩)، والبيهقي (٨/ ٢٣٥). وينظر: «البدر المنير» (٨/ ٦٤٥-٦٤٨)، و«فتح الباري» (٥/ ٢٥٦)، و«تغليق التعليق» (٣/ ٣٧٧).

(٤) في (ي): «بمحضر من».

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٣٥٦٨، ١٣٦٣٧)، ومن طريق عبد الرزاق أخرجه ابن المنذر (٩٢٣٥).

(٦) في (ي): «و».



وقد قالوا: لو جاء بأربعةٍ[1] مُتفرِّقِينَ يشهَدون بالزِّنى لم تُقبَلْ شهادتُهم وهم قَذَفةٌ؛ يُحَدُّ كلُّ واحدٍ منهم حَدَّ القذفِ.

قال محمدٌ، في روايةِ ابنِ رُسْتُم: يُحَدُّون ولو كانوا مثلَ ربيعةَ ومُضَرَ[2].

وقال الشافعيُّ: تُقبَلُ شهادتُهم[3].

لنا: أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَدَّ الثلاثةَ، ولو اعتدَّ بشهادةِ مَن يشهَدُ في مجلسٍ آخرَ لم يُعَجِّلْ بحَدِّهم، ولسألَ[4]: هل معهم مَن يشهَدُ مكانَ زيادٍ؟ فلمَّا لم يفعَلْ دلَّ أنَّ الشهادةَ في مجلسٍ آخرَ لا يُعتَدُّ بها، ولأنَّ الزِّنى اختصَّ مَن بيَّن نوعَه بشهادةٍ، فوجَب أن يكونَ اجتماعُ الشهودِ في مجلسٍ واحدٍ مُعْتَبرًا كالنِّكاحِ.

فإن قيل: كلُّ بيِّنةٍ يجوزُ قبولُها إذا اجتَمَعتْ في مجلسٍ واحدٍ، يجوزُ قبولُها إذا افترَقتْ في مجالسِ الذكرِ كسائرِ الشهاداتِ.

قيل له: سائرُ الشهاداتِ لا يلزمُ الشاهدَ بشهادتِه حقٌّ، فاسْتَوى فيها التفريقُ والاجتماعُ، وفي مسألتِنا يجِبُ على الشاهدِ حكمٌ بشهادتِه إذا نقَص العددُ، فإذا لزِمه ذلك الحكمُ خرَج مِن أن يكونَ شاهدًا[5]، فلم تُقبَلْ شهادتُه مع الباقِين.

وأمَّا إذا حضَر الشُّهودُ في مجلسٍ واحدٍ، وجلَسوا مجلسَ الشاهدِ، وقام إلى القاضي واحدٌ بعدَ واحدٍ، فشهِدوا قُبِلتْ شهادتُهم؛ لأنَّه لا يُمكِنُ أداءُ الشَّهادةِ دَفْعةً واحدةً؛ لأنَّ القاضيَ لا يفهَمُ عن جماعتِهم، وإذا كان كذلك لم يُوجَدْ في

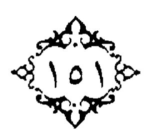
(١) في (ج، ش، م): «أربعة».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٤٨)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٦٥)، و«البناية» (٦/ ٢٦٥).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٤٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٦٨).

(٤) في (ج): «فيسأل»، وفي (ر، ل، م): «يسأل».

(٥) في (ر): «شهادة».



الشَّهادةِ ما يُوجِبُ كونَ الشاهدِ قاذفًا، فلا يُمنَعُ قبولُ شهادتِه[1].

قال: والإقرارُ: أن يُقِرَّ البالغُ العاقلُ على نفسِه بالزِّنى أربعَ مَرَّاتٍ في أربعةِ مجالسَ مِن مجالسِ المُقِرِّ، كلَّما أقرَّ رَدَّه القاضي.

أمَّا اعتبارُ البلوغِ والعقلِ: فلأنَّ الصَّبِيَّ والمجنونَ ليس لهما قولٌ صحيحٌ، وأمَّا اعتبارُ الإقرارِ بالزِّنى أربعَ مَرَّاتٍ: فهو قولُ أصحابِنا رحِمهم اللَّهُ[2].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَثبُتُ بإقرارِه مَرَّةً واحدةً[3].

لنا: ما رُوِي: أنَّ ماعزًا كان يتيمًا في حِجْرِ أبي هَزَّالٍ[4]، فأصابَ جاريةً مِن الحيِّ، فقال له أبو هَزَّالٍ[5]: ائتِ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبِرْه بما صنعتَ؛ لعلَّه يستغفِرُ لك. فأتى النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إنِّي زَنَيتُ فأقِمْ عليَّ حَدَّ اللَّهِ. فأعرَض عنه، ثُمَّ عاد فأقرَّ فأعرَض عنه، ثُمَّ عاد فأقرَّ فأعرَض عنه، ثُمَّ عاد فأقرَّ، فقال له النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الآنَ أقررتَ أربعًا فبِمَنْ؟[6]». فلو كان الحدُّ يجِبُ

---

(١) في (ق): «الشهادة»، و(ي): «شهادتهم».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٩/ ٩١)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٥٠).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٠٦)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ١٨٦).

(٤) في (أ، ح، س، ش، ض، ع، ق، ل، م، ي): «هريرة»، وفي (ج، ر، ع): «هزيل».

(٥) في (ج، ر): «هزيل»، وفي (ح، ش، م): «هريرة»، وفي (ل): «هرة».

(٦) ليس في (ق، ي)، وفي (ر): «فبين»، وفي (ش): «فضمن».

والحديث أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٣٦٢)، وأحمد (٢١٨٩٠)، وأبو داود (٤٤١٩) من طريق نعيم بن هزال، قال: كان ماعز بن مالك يتيمًا في حجر أبي، فأصاب جارية من الحي، فقال له أبي: ائت رسول اللَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأخبره بما صنعت لعلَّه يستغفر لك...» الحديث.

قال ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٥٣٥): «هذا الإسناد صالح». وقال الحافظ =

بإقرارِه مَرَّةً واحدةً لم يَجُزْ تأخيرُه؛ يُبَيِّنُ ذلك أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما ينبغِي لوالي[1] حَدٍّ أُتِيَ في حدٍّ مِن حدودِ اللَّهِ إلا أقامَه»[2].

وقد رُوِي: «أنَّ أبا بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال لماعزٍ لمَّا أقرَّ ثلاثَ مَرَّاتٍ: إنْ أقررتَ الرابعةَ رجَمك رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[3]. فدلَّ على أنَّ تَعلُّقَ الحدِّ بإقرارِ أربعِ مَرَّاتٍ أمرٌ اشتَهر عندَهم، ولأنَّه سَبَبٌ يَثْبُتُ به حدُّ الزِّنى، فاعتُبِر فيه العددُ كالشَّهادةِ.

فإن قيل: رُوِي في قصةِ العَسِيفِ[4]: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «واغْدُ يا أُنَيسُ إلى امرأةِ هذا فإنِ اعترَفتْ فارْجُمْها»[5].

في «التلخيص الحبير» (٤/ ٥٨): «إسناده حسن».

(١) في (ي): «لولي».

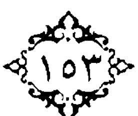
(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٥١٩)، والحميدي (٨٩)، وأحمد (٣٩٧٧)، وأبو يعلى (٥١٥٥)، والبيهقي (٨/ ٣٣١) من طريق يحيى بن عبد اللَّه الجابر، عن أبي ماجد الحنفي، عن ابن مسعود. قال الذهبي في «المهذب» (٧/ ٣٤٨٠): «يحيى ضعيف، وأبو ماجد لا يعرف».

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٣٦٤)، وأحمد (٤١)، والترمذي في «العلل الكبير» (٤١١)، والحارث ابن أبي أسامة (٥١٢-بغية الباحث)، وأبو يعلى (٤٠) من طريق جابر، عن عامر، عن ابن أبزى، عن أبي بكر الصديق. قال الترمذي: «سألت محمدًا عن هذا الحديث فقال: لا أعلم أحدًا روى هذا الحديث عن الشعبي غير جابر الجعفي. وضعَّف محمد جابرًا جدًّا».

(٤) **قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٠):** «العَسِيف، والبقيع: تقدم معناهما». وقد تقدم في كتاب الإقرار من «تقريب الغريب» (ص ١٨٥): «العَسِيفُ بالعين المهملة، والسين المهملة، والياء آخر الحروف، والفاء: الأجيرُ». ولم يرد ذكر للعَسِيف في شرح كتاب الإقرار، وإنما ذكر هنا.

قال في «المصباح المنير» (٢/ ٤٠٩): «لأنَّه يَعْسِفُ الطُّرُقاتِ مُتَرَدِّدًا في الأشغالِ، والجمعُ عُسَفَاءُ مثلُ أَجِيرٍ وأُجَراءَ».

(٥) أخرجه البخاري (٢٣١٤، ٢٣١٥)، ومسلم (١٦٩٧) عن أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني.



قيل له: النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يُفوِّضُ إقامةَ الحدِّ إلا إلى مَن يعرفُ الأحكامَ، وقد كان استقرَّ في الشريعةِ اعتبارُ العددِ في الإقرارِ، فوكَله إلى علمِه، ولهذا لم يُبيِّنْ له التصريحَ بالإقرارِ، ولم يُبيِّنْ له تَلْقينَها الرُّجوعَ، وإسقاطَ الحدِّ عنها إذا رجَعتْ بعدَ الإقرارِ، وإنْ كان ذلك واجبًا.

فإن قيل: كلُّ حكمٍ تعلَّق بالإقرارِ بالزِّنى يُعْتَبرُ فيه إقرارٌ مَرَّةً واحدةً، أصلُه سقوطُ الحدِّ عن القاذفِ.

قيل له: ما يُؤثِّرُ في إسقاطِ الحدِّ يُخالِفُ ما يُوجِبُه ويَثْبُتُ به؛ لأنَّ ما يُسقِطُ الحدَّ أقوى في الثُّبوتِ مما[1] يُثْبِتُه؛ ألَا ترى أنَّ الحدَّ يَسقُطُ بالرُّجوعِ الذي ليس بصريحٍ، ولا يَثْبُتُ إلا بصريحِ الإقرارِ، ولهذا لمَّا هرَب ماعزٌ قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلَّا خَلَّيتُم سبيلَه؟»[2]. فجُعِل مُجرَّدُ الفعلِ رجوعًا، وأيضًا فلو رجَع الزوجُ عن القذفِ مَرَّةً واحدةً سقَط اللِّعانُ، ولا يَثْبُتُ الحدُّ إلا بتكْرارِ اللِّعانِ أربعَ مَرَّاتٍ.

وأمَّا اعتبارُ تكرارِ الإقرارِ في مجالسَ مختلفةٍ خلافَ ما قاله ابنُ أبي ليلى[3]، فلأنَّ ماعزًا لمَّا أقرَّ عندَ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعرَض عنه فخرَج مِن المسجدِ، ثُمَّ عاد فأقرَّ حتى أقرَّ أربعَ مراتٍ يخرُجُ في كلِّ مَرَّةٍ، ولأنَّ الإقرارَ إذا تكرَّر في مجلسٍ واحدٍ[4] فهو بمنزلةِ إقرارٍ واحدٍ؛ بدليلِ أنَّ مَن أقرَّ لرجلٍ بألفِ درهمٍ

---

(١) في (ي): «فيما».

(٢) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٣٢) من حديث بريدة الأسلمي.

(٣) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ٢٢٤، ٢٢٥).

(٤) في (ي): «آخر».

في مجلسٍ، ثُـمَّ أقرَّ له في ذلك المجلسِ بألـفٍ أنَّه يُجعَلُ أحدُهمـا هو الآخرَ، فاعْتُبِرتِ المجالسُ المختلفةُ كذلك[1].

قال: كلَّما أقرَّ رَدَّه القاضي.

وذلك لِما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّىٰللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ رَدَّ ماعزًا في كلِّ إقرارٍ»، وكذلك روِي في قصةِ الغامديَّةِ: «أنَّه رَدَّها بعدَ الإقرارِ».

قال: فإذا تـمَّ إقرارُه أربعَ مَرَّاتٍ سألـه عن الزِّنى: ما هـو، وكيف هو، وأين زنَى، وبمَن زنَى؟ فإذا بيَّن ذلك لزِمه الحدُّ.

أمَّا سؤالُه عن الزِّنى؛ فلأنَّ النبيَّ صَلَّىٰللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال لماعزٍ: «لعلَّك لمَسْتَ، لعلَّك قَبَّلْتَ، لعلَّك باشَرْتَ». فلمَّا ذكَر ماعزٌ النونَ والكافَ[2] قَبِل إقرارَه»[3]، ولأنَّ الإنسـانَ قـد يَظُنُّ أنَّ الـوطءَ إذا كان مُحرَّمًا زنى، فيجِبُ سؤالُ المُقِرِّ عن ذلك احتياطًا.

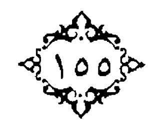
وأمَّا سؤالُه عن مكانِ الزِّنى؛ فلجوازِ أن يكونَ زنَى في مكانٍ لا يجِبُ عليه الحدُّ فيه مثلَ دارِ الحربِ.

وأمَّـا سؤالُه عـن المَزْنـيِّ بها؛ فـلأنَّ النبيَّ صَلَّىٰللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال لماعـزٍ: «الآنَ أقررتَ أربعًا، فبمَنْ؟». ولأنَّه يجوزُ أنَّه يكونُ وطِئ مَن لا يجِبُ عليه الحدُّ بوطئِه

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ١٧٨، ١٨٢، ١٩٨)، و«التجريد» (١١/ ٥٩٢٠، ٥٩٢١)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤١).

(٢) قال في حاشية (ح): «أراد به قوله: نكت. لأن ذلك صريح في الوطء، وباقيه كناية عنه».

(٣) أخرجه البخاري (٦٨٢٤) من حديث ابن عباس.



كجاريةِ الابنِ والجاريةِ المشتركةِ، فيسألُه ليَتحقَّقَ ما يَجُبُّ[1] به الحدَّ.

قال: فإن كان الزَّاني مُحْصَنًا رجَمه بالحجارةِ حتى يموتَ[2].

والأصلُ في ذلك ما روِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجَم ماعزَ بنَ مالكٍ، ورجَم الغامديَّةَ، وروَى زيدُ بنُ خالدٍ الجُهَنيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جاءه رجلٌ، فقال: إنَّ ابني كان عَسِيفًا على هذا، وإنَّه زنَى بامرأتِه فافْتَدَيْتُه بمئةِ شاةٍ[3]، ثُمَّ اسْتَفتَيتُ قومًا مِن أهلِ العلمِ، فقالوا: على ابني الحدُّ. فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أمَّا المئةُ شاةٍ فَرَدٌّ[4] عليك، وأمَّا ابنُك فعليه جلدُ مئةٍ، واغْدُ يا أنيسُ إلى امرأةِ هذا، فإنِ اعترَفتْ فارْجُمْها»[5]. فأوجَب عليها الرَّجمَ لمَّا كانَتْ مُحصَنةً، ولا خلافَ في ذلك بينَ الأئمةِ إلا ما روِي عن الخوارجِ: أنَّ الحدَّ كلَّه الجلدُ ولا رجمَ، وإنما قالوا بذلك؛ لأنَّهم لا يَقْبَلون أخبارَ الآحادِ[6].

قال: يُخرِجُه إلى أرضٍ فضاءٍ[7].

وذلك لِما روِي في حديثِ أبي سعيدٍ، قال: «لمَّا أمَر رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) أي: يدفع.

(٢) قال في حاشية (ح): «قال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الرجم في كتاب اللَّه، وهو قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَهۡلَ ٱلۡكِتَٰبِ قَدۡ جَآءَكُمۡ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمۡ كَثِيرٗا مِّمَّا كُنتُمۡ تُخۡفُونَ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ ﴾ [المائدة: ١٥]».

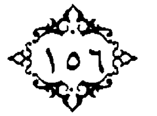
(٣) بعده في (ي): «ووليدةٍ».

(٤) في (ي): «فأردها»، وقال في حاشية (ح): «أي: مردود، أطلق المصدر على اسم المفعول».

(٥) تقدَّم تخريجه.

(٦) نسب ابن حزم في «المحلى» (١١/ ٢٣٣) هذا القول للأزارقة من الخوارج.

(٧) في (ي): «فلاة».



برجمِ ماعزٍ خرَجْنا به إلى البقيعِ، فواللَّهِ ما أوقَفْناه ولا حفَرْنا له، ولكنْ قام لنا فرجَمْناه»[1].

قال: يبتدِئُ الشُّهودُ برجمِه، ثُمَّ الإمامُ، ثُمَّ الناسُ؛ فإنِ امتَنع الشُّهودُ مِن الابتداءِ سقَط الحدُّ[2].

وقال الشافعيُّ: بدايةُ الشُّهودِ ليس بشرطٍ[3].

لنا: ما روِي: «أنَّ عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لمَّا رجَم شُراحةَ الهَمْدانيَّةَ قام فخطَب، فحمِد اللَّهَ، ثُمَّ قال: أيُّها الناسُ إنما الرَّجْمُ رَجْمانِ؛ رجمُ سرٍّ، ورجمُ علانيةٍ، فرجمُ السِّرِّ: أن يشهدَ عليه الشُّهودُ، فيبدأُ الشُّهودُ فيَرْجُمون، ثُمَّ الإمامُ، ثُمَّ الناسُ، ورجمُ العلانيةِ أن يَشهدَ على المرأةِ ما في بطنِها، فيبدأُ الإمامُ فيرجُمُ، ثُمَّ يرجُمُ الناسُ، ألَا وإنِّي راجمٌ فلا تَرْجُموا. فتقدَّم فرَمَاها بحجرٍ، فما أخطأَ أصلَ أُذُنِها، وكان مِن أَصْوَبِ الناسِ رَمْيةً[4]».

وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ مِن غيرِ خلافٍ، وهو أيضًا مخالفٌ للقياسِ،

---

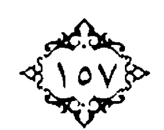
(١) أخرجه مسلم (١٦٩٤)، وأبو داود (٤٤٣١)، والنسائي في «الكبرى» (٧١٦١).

(٢) ينظر: «الأصل» (٧/ ١٤٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ١٩٨، ٢٣١)، و«التجريد» (١١/ ٥٨٩٢)، و«النتف» (٢/ ٦٣٦).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ١٦٧)، و«الحاوي» (١٣/ ٢٠٢)، و«حلية العلماء» (٨/ ٢٠)، و«التهذيب» (٧/ ٣٢٦).

(٤) في (ي): «رميًا».

والأثر أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٥٣)، وابن أبي شيبة (٢٩٤١٥-٢٩٤١٧) واللفظ له، وأحمد (٩٧٨)، والبيهقي (٨/ ٢٢٠). وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٢٨٥)، و«الاستذكار» (٢٤/ ٣٩، ٤٠، ٥٠)، و«نصب الراية» (٣/ ٣١٩، ٣٢٠).



فيُحمَلُ على التوقيفِ، ولأنَّ في بدايةِ الشُّهودِ ضربًا مِن الاحتياطِ؛ ألَا تَرى أنَّهم إنْ كانوا كذَبوا في الشهادةِ[1] استعظَموا النفسَ فرجَعوا، والرَّجمُ يُعْتبَرُ فيه الاحتياطُ.

فإن قيل: حدٌّ يجِبُ استيفاؤُه، فلا يجِبُ على الشُّهودِ والإمامِ البدايةُ كالجلدِ.

قيل له: قد اعْتُبِر في الرَّجمِ مِن الاستظهارِ ما لم يُعْتبَرْ في سائرِ الحدودِ؛ بدلالةِ وقوفِه على شهادةِ أربعةٍ، فكذلك يجوزُ أن يَقِفَ على بدايةِ الشُّهودِ، ولأنَّ الجلدَ وسائرَ الحدودِ يَقِفُ أيضًا على مُسْتَوفٍ مخصوصٍ، وهو اختيارُ الإمامِ لمَن يُحسِنُ إقامتَها، فكذلك في مسألتِنا يجوزُ أن يَقِفَ على مُسْتَوفٍ مخصوصٍ، وما ذاك إلا الشُّهودُ لِما ذكَرْناه.

قال: فإنِ امتَنع الشُّهودُ مِن الابتداءِ سقَط الحدُّ.

وهو قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: لا يَسقُطُ، ولكن يَرجُمُ الإمامُ، ثُمَّ الناسُ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنَّ بدايةَ الشُّهودِ شرطٌ، فإذا امتَنعوا أو امتَنع بعضُهم مِن غيرِ عُذْرٍ صار ذلك شُبْهةً؛ لجوازِ أن يكونوا عرَفوا أنَّ الحدَّ غيرُ مُسْتحَقٍّ، فلم يَجُزْ إقامةُ الحدِّ مع الشُّبْهةِ.

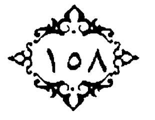
وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه حدٌّ فلا يُشترَطُ فيه مباشرةُ الشُّهودِ كالجلدِ[3].

---

(١) بعده في (ي): «و».

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٨٩٢)، و«المبسوط» (٩/ ٥١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٥٨)، و«العناية» (٥/ ٢٢٧).

(٣) في (ي): «للحد».



والجوابُ: أنَّ الجلدَ لا يُحسِنُه كلُّ أحدٍ، فلو وقِف على فعلِ الشُّهودِ لسقَط، والرجمُ يُحسِنُه كلُّ أحدٍ فلم يَكُنْ في تعليقِه بالشُّهودِ إبطالُه.

وقد قال أبو حنيفةَ أيضًا: إنْ ماتَ الشُّهودُ سقَط الرجمُ[1]؛ لجوازِ أنهم لو كانوا أحياءً رجَعوا عن الشهادةِ، فصار ذلك شُبْهةً.

وعلى هذا أيضًا: إذا عمِي الشُّهودُ، أو حُدُّوا، أو صاروا على حالةٍ لا تُقبَلُ شهادتُهم سقَط الحدُّ؛ لأنَّ الطارئَ على الحدودِ قبلَ الاستيفاءِ بمنزلةِ الموجودِ في الابتداءِ؛ بدلالةِ رجوعِ الشُّهودِ، فصار كأنَّهم شهِدوا على هذه الصفةِ، فلا يُسْتوفَى بشهادتِهم.

قال: وإنْ كان مُقِرًّا ابتدأ الإمامُ، ثُمَّ الناسُ.

لِما ذكَرْنا في خبرِ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال: ويُغَسَّلُ ويُكَفَّنُ ويُصَلَّى عليه.

وذلك لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال في المرجومِ: «لقد تابَ توبةً لو تابَها صاحبُ مَكْسٍ[2] لغُفِر له، ولقد رأيتُه[3] يَنغمِسُ في أنهارِ الجنةِ»[4].

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤٢)، و«العناية» (٥/ ٢٢٧).

(٢) بعده في (ض، ي): «واللَّه». والمكسُ: الضَّريبَةُ التي يأخذُها الماكِسُ، وهو العَشَّارُ. ينظر: «النهاية» (٤/ ٣٤٩).

(٣) بعده في (ض، ي): «واللَّه».

(٤) غريب بهذا اللفظ، وهو مركب من عدة أحاديث: منها ما أخرجه مسلم (١٦٩٥/ ٢٢) من حديث بريدة: «لقد تابَ توبةً لو قُسِمَتْ بين أُمَّةٍ لَوَسِعَتْهُم».

وما أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٩٦) (١٢١١١) من حديث ابن عباس: «لقد تاب =

ولأنَّ إقامةَ الحدِّ عليه لا تُخرِجُه مِن الإسلامِ، فصار كسائرِ المسلمين.

قال: فإنْ لم يَكُنْ مُحصَنًا وكان بِكْرًا[١] فَحَدُّه مئةُ جلدةٍ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢] وهو عامٌّ.

قال: يأمُرُ الإمامُ بضربِه بسَوْطٍ لا ثمرةَ له ضربًا متوسطًا.

وذلك لأنَّ الثمرةَ إذا ضُرِبَ بها كان كلُّ ضربةٍ ضربتَيْن، ولا يجوزُ الزيادةُ في قدرِ الحدِّ، وإنما اعتُبِر الضربُ المتوسطُ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أمَر الجَلَّادَ أن لا يُبَيِّنَ[٢] إبْطَه»، ولأنَّ الضربَ المُبَرِّحَ ربما أدَّى إلى التَّلَفِ، وذلك غيرُ مُسْتحَقٍّ عليه، والضربُ الضعيفُ لا يُؤثِّرُ فلا يقعُ به المقصودُ؛ فلذلك اعتُبِر الوسطُ.

قال: يُنْزَعُ عنه ثيابُه.

وذلك لأنَّ المقصودَ وصولُ الألمِ إليه، وذلك أبلغُ في وُصُولِ الألمِ.

وقد قالوا أيضًا: يُجرَّدُ في التعزيرِ لِما ذكَرْنا. وقد قالوا: إنَّ أشدَّ الضربِ يكونُ في التعزيرِ، ثُمَّ حدِّ الزِّنى، ثُمَّ حدِّ الشُّرْبِ، ثُمَّ حدِّ القذفِ.

توبة لو تابها صاحب مكس لقبلت منه».

وما أخرجه ابن حبان (٤٤٠١، ٤٤٠٤) من حديث جابر: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما رجم ماعز بن مالك قال: لقد رأيته يتخضخض في أنهار الجنة».

(١) في (ل، ي، ونسخة مختصر القدوري، ونسخة بحاشية س): «حرًّا».

(٢) في (أ، ج، ع، ي): «يثني»، وفي (ض، ي): «يبدي».

وقد ورد عن جماعة موقوفًا منهم: عمر، وعلي، وابن مسعود، وأبو برزة، والشعبي، وعطاء، وأبو مجلز. ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩٢٦٦- ٢٩٢٧٢).



أَمَّا التعزيرُ: فلأنَّ المقصودَ منه الزَّجرُ، فإذا لم يَكُنِ[1] الزيادةُ[2] في عددِه، وجَبتِ الزيادةُ في صفتِه، ثُمَّ بعدَ ذلك حدُّ الزِّنى؛ لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النور: ٢].

وأَمَّا حدُّ الشُّربِ: فإنَّه يُجرَّدُ في الرِّوايةِ المشهورةِ؛ لأنه يَتعلَّقُ بسببٍ مُتيقَّنٍ، فصار كحَدِّ الزِّنى.

وقد روِي عن محمدٍ: أنَّه لا يُجرَّدُ[3]؛ لأنَّ حدَّ الشُّربِ كان في زمنِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالجريدِ والنِّعالِ، وإنما نقِل في زمنِ عمرَ إلى الجَلْدِ[4]، ولهذا روِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «ما مِن رجلٍ أَقَمْتُ عليه حدًّا مِن حدودِ اللَّهِ فمات، فأَحْببتُ أنْ أَدِيَه إلا شاربَ الخمرِ، فإنَّه شيءٌ فعَلْناه برَأْينا»[5]. فدَلَّ ذلك على تخفيفِ حُكْمِه، فلم يُجَرَّدْ فيه.

وقد قالوا: في حدِّ القذفِ لا يُنزَعُ عنه[6] غيرُ الفَرْوِ والحَشْوِ. وكذلك روِي عن الشعبيِّ[7]؛ ولأنَّ المقصودَ وصولُ الألمِ إليه ليقعَ الزجرُ به؛ وذلك يمنَعُ مِن وُصُولِ الألمِ فأُمِر بنَزْعِه.

---

(١) في (ح، س، ق، م): «يمكن».

(٢) في (ر): «الزجر».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٦٠)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٩٢)، و«الهداية» (٢/ ١١١).

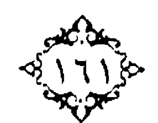
(٤) ينظر: «صحيح البخاري» (٦٧٧٩)

(٥) أخرجه البخاري (٦٧٧٨)، ومسلم (١٧٠٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٠): «أديه: أي أعطي ديته».

(٦) ليس في: (ر).

(٧) ينظر: «الخراج» لأبي يوسف (ص١٨١، ١٨٢)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٨٩٠٩).



قال: ويُفرَّقُ الضربُ على أعضائِه إلا رأسَه ووجهَه وفرْجَه.

وذلك لأنَّه إذا جُمِع الضربُ في مكانٍ واحدٍ لم يُؤمَنْ أن يؤديَ إلى التَّلَفِ وذلك غيرُ واجبٍ؛ يُبيِّنُ ذلك: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَر بالسارقِ لمَّا قُطِع أن يُحسَمَ»[1]، حتى لا يؤديَ إلى التَّلَفِ الذي ليس بمُسْتحَقٍّ كذلك هذا.

فعلى هذا يجِبُ أن تُتَّقى المواضعُ الذي لا يُؤمَنُ منها التَّلَفُ ما لم يَسْتحِقَّ، فالرأسُ مَقْتَلٌ، والفَرْجُ مَقْتلٌ، والصدرُ والبطنُ مَقْتلٌ، والوجهُ، وإن لم يَكُنْ مَقْتلًا، ففيه البصرُ والشَّمُّ، ولا يُؤمَنُ تَلَفُ بعضِها، وقد روِي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال للجَلَّادِ: اتَّقِ الوجهَ والرأسَ»[2].

قال: وإنْ كان عبدًا جلَده خمسينَ كذلك.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾[النساء: ٢٥]. والمرادُ به الجلدُ؛ لأنَّ الرجمَ لا يَتبعَّضُ، وإذا ثبَت أنَّ حدَّ الأمَةِ يكونُ على النصفِ مِن حدِّ[3] الحُرَّةِ، فكذلك حدُّ العبدِ؛ لأنَّ حكمَها واحدٌ، والمُؤثِّرُ في حدِّ الأمةِ هو الرِّقُّ، وذلك موجودٌ في العبدِ[4].

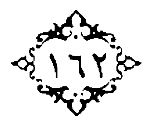
---

(١) أخرجه الدارقطني (٣١٦٣)، والحاكم (٤/ ٣٨١)، والبيهقي (٨/ ٢٧١، ٢٧٥) من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن يزيد بن خصيفة، عن محمد بن عبدالرحمن بن ثوبان، عن أبي هريرة. وقد رواه بعضهم مرسلًا، وهو أصح. ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٨٧١)، و«معرفة السنن» (١٢/ ٤١٩، ٤٢٠)، و«البدر المنير» (٨/ ٦٧٤، ٦٧٥).

(٢) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩٢٦٦).

(٣) في (ر): «جلد».

(٤) قال في حاشية (ح): «عرف حكم العبد من الأمة على خلاف عامة المواضع، فإن حكم النساء =



قال: فإنْ رجَع المُقِرُّ عن إقرارِه قبلَ إقامةِ الحدِّ عليه، أو في وسطِه، قُبِل رُجُوعُه، وخُلِّي سبيلُه.

وذلك لِما رُوِي: أنَّ ماعزًا لمَّا مَسَّه حرُّ الحجارةِ هرَب، فذُكِر ذلك للنبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «هلَّا خَلَّيتُم سبيلَه». فجعَل صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هربَه دليلًا على الرُّجوعِ، وأسقَط به الحدَّ، فلَأَنْ يَسقُطَ بصريحِ الرُّجوعِ أَوْلَى؛ ولأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَقَّن المُقِرَّ الرُّجوعَ، فقال له: «لعلَّك قَبَّلتَ، لعلَّك لَمَسْتَ». وقال للسارقِ: «ما إخالُه سرَق»[1]. فلولا أن رُجُوعَه مقبولٌ لم يَكُنْ لتلقينِه الرجوعَ معنًى.

وقد قال أصحابُنا: إذا شهِد عليه أربعةٌ بالزِّنى فأقرَّ مرةً واحدةً سقَط الحدُّ عنه[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَسقُطُ[3].

لنا: أنَّ الشهادةَ لا يَتعلَّقُ بها حكمٌ في حقِّ المُقِرِّ؛ وإنما يُقبَلُ[4] مع الجُحُودِ،

يعرف تبعًا للرجال نحو قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٦] وغيره، من قوله: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [المزمل: ٢٠]، لما أن غلبة السفاح فيهن دون العبيد، وإليه الإشارة في تقديم الزانية على الزاني، بخلاف تقديم السارق على السارقة في الآيتين، أو تقول الحكم في حق العبيد بالدلالة. كاكي».

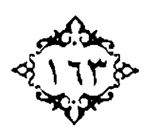
(١) كما في حديث أبي هريرة المتقدم. وينظر: «سنن البيهقي» (٨/ ٢٧١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٠): «ما إخاله: أي ما أظنه».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤١)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٩٣)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٥١).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٧٩، ١٤٠)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٠٤)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٣٩) (١٤/ ١٢٦)، و«الوسيط» (٦/ ٤٤٨).

(٤) في (ي): «يتعلَّق».



فإنْ أقرَّ سقَط حكمُها وبقِي إقرارُه مَرَّةً واحدةً، وقد دلَّلْنا على أن الحدَّ لا يَثبُتُ بإقرارِه مرةً واحدةً.

فإن قيل: كلُّ بَيِّنةٍ لو قابَلها الجُحُودُ حُكِم بها إذا قابَلها الإقرارُ حكِم بها كسائرِ البيِّناتِ.

قيل له: سائرُ الحقوقِ إذا قابَل البيِّنةَ فيها التصديقُ أيضًا سقَطتْ وقُضِي بالإقرارِ.

قال: ويُستَحبُّ للإمامِ أن يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجوعَ، ويقولُ له: لعلك لمستَ، أو قبَّلتَ.

وذلك لِما روِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طرَد ماعزَ بنَ مالكٍ حينَ أقرَّ؛ وقال له: «لعلَّك لمستَ». وقال للسارقِ: «ما إخالُه سرَق».

قال: والرجلُ والمرأةُ في ذلك سواءٌ.

لقولِه تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ﴾ [النور: ٢]. وروَى عبادةُ بنُ الصامتِ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لمَّا نزَل قولُه تعالى: ﴿أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾ [النساء: ١٥] قال: (١«خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قد جعَل اللَّهُ لهنَّ سبيلًا،١) الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جلدُ مئةٍ ورَجْمٌ بالحجارةِ»(٢).

قال: غيرَ أنَّ المرأةَ لا يُنزَعُ عنها إلا الفَرْوَ والحَشْوَ.

وذلك لأنَّ بدنَها عورةٌ، فصار ذلك كعورةِ الرجلِ التي لا يجوزُ كشفُها.

(١-١) ما بين القوسين ليس في: (ق، ل، م).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٩٠).

قال: وإنْ حُفِر لها في الرجمِ جاز.

وذلك لِما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حفَر لليهوديَّيْن»[1]، وروِي: أنَّه حفَر للغامديَّةِ حفرةً إلى ثُنْدُوتِها[2]، وأخَذ حصاةً مثلَ الحِمَّصةِ، فرَماها بها، وقال: «ارْمُوها واتَّقُوا الوجهَ». فلمَّا طَفَتْ أخرَجها وصلَّى عليها، وقال: «لقد تابَتْ توبةً لو قُسِمتْ على أهلِ الحجازِ لوَسِعتْهم»[3].

ولأنَّه إذا حُفِر لها فهو أسترُ فكان أَوْلَى، وإنْ تُرِك الحفرُ جاز؛ لأنَّها مستورةٌ بثيابِها.

قال: ولا يُقِيمُ المَوْلَى الحدَّ على عبدِه إلا بإذنِ الإمامِ.

وقال الشافعيُّ: يُقِيمُ المَوْلى الحدَّ على عبدِه وأمتِه إذا كان جلدًا يُقِيمُ المَوْلى الحدَّ[4].

واختَلف أصحابُه[5] في القطعِ في السرقةِ والقصاصِ والقتلِ بالرِّدَّةِ؛ فمنهم

(١) ينظر: البخاري (١٣٢٩)، ومسلم (١٦٩٩).

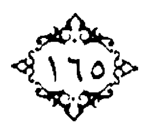
(٢) في (ي): «ثديها»، وفي (ر): «ثندوتها»، وكتب فوقها: «ثديها».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤١): «الثَّنْدُوَة بفتح المثلثة، وسكون النون، وضم الدال، وفتح الواو، وآخره تاء، وبضم المثلثة، والهمزة مكان الواو، والدال مضمومة أيضًا: ثدي الرجل، أو لحم الثديين. وفي القاموس: أو أصله. وقال ابن الأثير: هي من الرجل، والثدي من المرأة». ينظر: «النهاية» (١/ ٢٠٨)، و«القاموس المحيط» (ث ن د) (١/ ٢٧٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٤٣، ٤٤٤٤)، والنسائي في «الكبرى» (٧١٥٨، ٧١٧١، ٧١٧٢) من طريق رجل، عن عبد الرحمن بن أبي بكرة، عن أبيه. قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٤/ ٨٤): «وذكر النسائي في طريق منقطعة عن أبي بكرة...».

(٤) ينظر: «التنبيه» (ص٢٤٢)، و«المهذب» (٣/ ٣٤٢)، و«البيان» (١٢/ ٣٨٠).

(٥) في (ي): «أصحابنا».



مَن قال: لا يملِكُ ذلك. قالوا: والمذهبُ أنَّه يملِكُه.

لنا: أن ما جاز للإمامِ أن يَسْتوفيَه بولايةِ الإمامةِ لا يملِكُ غيرُه أن يَسْتوفيَه إلا بتوليةٍ، أصلُه حدُّ الأحرارِ والخراجُ والجزيةُ، ولأنها ولايةٌ خاصةٌ، فلا يملِكُ بها إقامةَ الحدِّ كولايةِ الأبِ والوَصِيِّ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «إذا زَنَتْ أمةُ أحدِكم فليَجْلِدْها، فإذا زَنَتْ فليَجْلِدْها، فإذا زَنَتْ فليَبِعْها ولو بِضَفِيرٍ»[1].

قيل له: ظاهرُه الأمرُ، وذلك يَقْتضِي الوُجُوبَ، والمَوْلى لا يجِبُ عليه إقامةُ الحدِّ عندَهم، وإنما يجوزُ له، فليس لهم صرفُ اللفظِ عن ظاهرِه في[2] الوُجُوبِ إلا ولنا تخصيصُه وحملُه على الولايةِ، أو على رفعِها إلى مَن يقيمُ الحدَّ عليها، وأضافَ ذلك إلى المَوْلى، كما يقالُ: بنَى[3] دارًا. بمعنى أمَر ببنائِها.

فإن قيل: يملِكُ تزويجَها مع اختلافِ الدِّينِ، فوجَب أن يملِكَ إقامةَ الحدِّ عليها كالإمامِ.

قيل له: الإمامُ لا يملِكُ التزويجَ إلا في الصِّغارِ، والصِّغارُ لا يجِبُ عليهم الحدُّ، ولأنَّ النكاحَ ولايةٌ خاصةٌ فلا يُسْتدلُّ به[4] على إقامةِ الحدِّ، كما أنَّ للأبِ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٤)، ومسلم (١٧٠٣) من حديث أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤١): «ضَفِير بالضاد المعجمة، والفاء، والياء آخر الحروف، وآخره راء مهملة: أي حبل مفتول من شعر، فعيل بمعنى مفعول».

(٢) في (ي): «و».

(٣) بعده في (ح): «الأمير».

(٤) أشار في حاشية (ح)، أنه في نسخة: «بها».



ولايةً خاصةً على ولدِه، ولا يُستدلُّ بها على إقامةِ الحدِّ.

قال: وإذا رجَع أحدُ الشُّهودِ بعدَ الحكمِ قبلَ الرجمِ ضُرِبوا الحدَّ وسقَط الرَّجمُ(١).

وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يُحَدُّ الراجعُ وحدَه(٢).

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: لا يُحَدُّ الراجعُ أيضًا(٣).

أمَّا وُجُوبُ الحدِّ على الراجعِ، فلا شُبْهةَ فيه؛ لأنه اعترَف بالقذفِ والكذبِ فيما قذَف به، فلزِمه الحدُّ باعترافِه.

وأمَّا وجوبُ الحدِّ على الثلاثةِ؛ فوجهُ قولِهما: أنَّ الطارئَ على الشهادةِ في الحدودِ قبلَ الاستيفاءِ كالموجودِ في الابتداءِ؛ بدلالةِ ردِّ الشُّهودِ، ولو رجَع أحدُهم قبلَ الحكمِ بشهادتِهم وَجب الحدُّ على جماعتِهم؛ كذلك إذا رجَع بعدَ الحكمِ، وقد دَلَّلْنا على ذلك مع الشافعيِّ: أنَّه لو شهِد ابتداءً ثلاثةٌ حُدُّوا، كذلك إذا رجَع أحدُهم وبقِي ثلاثةٌ كأنَّهم شهِدوا ابتداءً.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ الشهادةَ قد صَحَّتْ بحكمِ الحاكمِ، فلم يُصَدَّقِ الراجعُ على إبطالِها كما لو رجَع بعدَ الاستيفاءِ، ولا يُشْبِهُ هذا رجوعَه قبلَ الحكمِ؛ لأنَّ

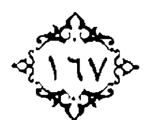
---

(١) كذا في (أ٢، ض٢، غ، م، ونسخة مختصر القدوري)، وفي باقي النسخ: «الحد».

(٢) في نسخة مشار إليها بحاشية (ح): «خاصة».

وينظر: «المبسوط» (٩/ ٥٠، ٥١)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٦٨)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٩٣)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٥٢).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٣٥)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٢)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٦١).



صِحَّةَ الشهادةِ موقوفٌ[1] على الحكمِ بها، فلم يَكُنْ في رجوعِه إبطالُ الشهادةِ بعدَ صِحَّتِها.

ولا خلافَ بينَ أصحابِنا أنَّ رجوعَ أحدِهم قبلَ الحكمِ بالشهادةِ يُوجِبُ الحدَّ على جماعتِهم إلا زفرَ؛ فإنَّه قال: يُحَدُّ الراجعُ خاصةً[2].

وجهُ قولِ أصحابِنا: أنَّ الطارئَ على الشهادةِ قبلَ الحكمِ بها كالموجودِ في الابتداءِ؛ بدليلِ عَمَى الشُّهودِ ورِدَّتِهم، ولو شهِد في الابتداءِ أقلُّ مِن أربعةٍ حُدُّوا، كذلك إذا صاروا ثلاثةً قبلَ الحكمِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ عددَ الشُّهودِ لمَّا تمَّ عندَ الأداءِ صَحَّتْ شهادتُهم، فالراجعُ يُصَدَّقُ على نفسِه في إيجابِ الحدِّ دونَ غيرِه.

قال: وإنْ رجَع أحدُهم بعدَ الرجمِ حُدَّ الراجعُ وحدَه، وضمِن رُبُعَ الدِّيةِ.

وقال زفرُ: لا حدَّ على الراجعِ[3].

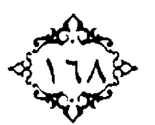
وجهُ قولِهم: أنَّ الراجعَ صار قاذفًا في الحالِ بالشهادةِ؛ بدليلِ أنَّا لو جعَلْناه قاذفًا مِن وقتِ الشهادةِ أوجَبْنا الحدَّ على بقيَّةِ الشُّهودِ؛ ألَا تَرى أنَّه لو شهِد ثلاثةٌ مع القاذفِ وجَب الحدُّ عليهم بالاتفاقِ؛ فدَلَّ على أنَّا جعَلْناه قاذفًا في الحالِ بالقولِ السابقِ، ومَن قذَف مَيِّتًا لزِمه الحدُّ.

فإن قيل: لو جعَلْناه قاذفًا في الحالِ لم يجِبْ عليه الحدُّ؛ لأنه قذَف مَن حكَم

(١) في (ي): «وقوفه».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٩/ ٤٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٩)، و«الهداية» (٢/ ١٠٨).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٠٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٤٩)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٩١).



الحاكمُ بزناه، فصار كما لو قذَفها غيرُ الشاهدِ.

قيل له: غيرُ الشاهدِ إذا قذَفه لا يؤثِّرُ قذفُه في الشَّهادةِ، فبَقِيتْ بحالِها، فسقَط عنه الحدُّ لقذفِه مَن حُكِم بزِناه، وليس كذلك الشاهدُ؛ لأنَّ في زعمِه أنَّه كذَب في شهادتِه؛ وأنَّ المشهودَ عليه على إحصانِه، فيُقبَلُ قولُه على نفسِه.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ الشاهدَ برُجُوعِه مُعترِفٌ بإحصانِ المقذوفِ، فلا يجوزُ أن يُجعَلَ وصفُه له بالعِفَّةِ قذفًا، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ قاذفًا بالشهادةِ، ومَن قذَف حيًّا، ثُمَّ ماتَ سقَط الحدُّ عنه[1] على أصلِنا: أنَّ الحدَّ لا يُورَثُ.

وأمَّا لزومُه رُبُعَ الدِّيةِ، فالأصلُ فيه أن المعتبرَ بمَن بقِي على الشهادةِ، وقد بقِي على الشهادةِ مَن يَثبُتُ بشهادتِه ثلاثةُ أرباعِ الحقِّ، والرُّبُعُ مُتلَفٌ بشهادةِ الراجعِ، فلزِمه رُبُعُ الدِّيةِ، كذلك لو كان الشُّهودُ خمسةً، فرجَع واحدٌ بعدَ الاستيفاءِ، فلا شيءَ عليه لِما كان ما شهِد به مُستَحَقًّا بشهادةِ غيرِه، فلم يُؤثِّرْ رُجُوعُه.

وقد قالوا: لو كان الشُّهودُ سِتَّةً، فرجَع ثلاثةٌ منهم ضمِنوا رُبُعَ الدِّيةِ[2].

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيهِ: نصفُ الدِّيةِ[3].

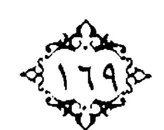
وهذا لا يَصِحُّ؛ لِما بَيَّنَّا أنَّ المعتبرَ في الضَّمانِ عندَ رُجُوعِ بعضِ الشُّهودِ بمَن بقِي على الشهادةِ؛ ألَا تَرى أنَّه لو رجَع في مسألتِنا اثنانِ لم يَضْمَنا لِما بقِي على الشهادةِ مَن يَثبُتُ الزِّنى بشهادتِه، وقد بقِي في مسألتِنا مَن يَثبُتُ بشهادتِه ثلاثةُ

---

(١) بعده في (م): «بناء».

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٩٤٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٩)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٩٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٣٧).



أرباعِ الحقِّ والرُّبُعُ مُتلَفٌ بشهادةِ الرَّاجِعين، فلزِمه ذلك دونَ غيرِه.

فإن قيل: لو رجَعوا جميعًا كان الضمانُ عليهم أسداسًا، فإذا رجَع أحدُهم لزِمه مِن الضمانِ عن الانفرادِ ما كان يلزمُه عندَ الاجتماعِ على الرُّجوعِ، أصلُه إذا شهِد أربعةٌ فرجَع أحدُهم.

قيل له: إذا رجَع جميعُهم فقد تساوَوْا في الإتلافِ فتساوَوْا في الضمانِ، فأمَّا إذا رجَع أحدُ الأربعةِ فلم يلزَمْه الرُّبُعُ اعتبارًا بما يلزَمُه حالَ الانفرادِ، وإنما لزِمه؛ لأنَّه بقِي على الحقِّ مَن يَثبُتُ بشهادتِه ثلاثةُ أرباعِه، فضمِن الراجعُ ما بقِي، كذلك في مسألتِنا.

قال: وإنْ نقَص عددُ الشُّهودِ عن أربعةٍ حُدُّوا.

وقد بيَّنَّا ذلك.

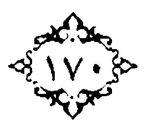
قال: وإحصانُ الرجلِ[1] أن يكونَ حرًّا بالغًا عاقلًا مسلمًا قد تزوَّج امرأةً نكاحًا صحيحًا، ودخَل بها، وهما على صفةِ الإحصانِ.

أمَّا اعتبارُ الحريةِ: فلأنَّ الإحصانَ اسمُ الحريةِ، بدليلِ قولِه تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] يعني: فعليهنَّ نصفُ ما على الحرائرِ.

وأمَّا اعتبارُ البلوغِ والعقلِ: فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِع القلمُ عن ثلاثةٍ؛ عن الصبيِّ حتى يحتلِمَ[2]، ....

(١) في (ي، ونسخة مختصر القدوري): «الرجم».

(٢) في (ي): «يبلغ».



وعن المجنونِ حتى يُفِيقَ[1]». ولأنَّ الحدَّ عقوبةٌ، وليس الصبيُّ والمجنونُ مِن أهلِ العقوبةِ.

وأمَّا الإسلامُ: فهو شرطٌ في الإحصانِ عندَ أصحابِنا، وعندَ أبي يوسفَ أنَّه ليس بشرطٍ[2]، وهو قولُ الشافعيِّ[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: ما روَى ابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن أشرَكَ باللَّهِ فليس بمُحْصَنٍ»[4]. ولأنَّ إحصانَ الرجمِ أكثرُ شرائطَ مِن إحصانِ القذفِ، والإسلامُ شرطٌ في إحصانِ القذفِ، فما اعتُبِر في أضعفِ الإحصانَيْن، فاعتبارُه في أقواهما أَوْلَى، إذا كان يُمكِنُ اعتبارُه ولا تلزَمُ العِفَّةُ؛ لأنه لا يُتصوَّرُ وجودُها في الزَّاني، فلا يَصِحُّ شرطُها[5] في رجمِه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما روَى ابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجَمَ اليهوديَّيْن»[6].

الجوابُ: أنَّه رجَمهما قبلَ كونِ الإحصانِ شرطًا؛ بدليلِ أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) في (ي): «يحتلم». والحديث تقدَّم تخريجه.

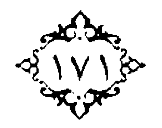
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ١٥٥)، و«التجريد» (١١/ ٥٨٧٦)، و«المبسوط» (٩/ ٣٩).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٥٢، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٧٣)، و«البيان» (١٢/ ٣٥٤).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣٢٩٥)، والبيهقي (٨/ ٢١٦) من طريق إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، عن عبد العزيز بن محمد، عن عبيد اللَّه بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر. قال الدارقطني: «ولم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عنه، والصواب موقوف».

(٥) في (س): «شرطنا».

(٦) أخرجه البخاري (١٣٢٩)، ومسلم (١٦٩٩).



لم يسأل عن إحصانِهما، ولأنَّ ابنَ عمرَ قال[1]: «مَن أشرَكَ باللَّهِ فليس بمُحصَنٍ»[2]. فدلَّ على أنَّه عرَف تغييرَ[3] هذا الحكمِ.

فإن قيل: الرجمُ عقوبةٌ والكافرُ أدخَلُ في العقوباتِ مِن المسلمِ.

قيل له: لا يمتنعُ أن يختلِفا كما اختلَفا في حدِّ الشُّربِ.

وأمَّا اعتبارُ التزويجِ: فلأنَّ الإحصانَ يُعبَّرُ به عن النكاحِ؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤] والمرادُ به ذواتُ الأزواجِ، وإذا كان الاسمُ يتناولُه وجَب اعتبارُه.

وأمَّا اعتبارُ النكاحِ الصحيحِ: فلأنَّ الفاسدَ لا يُبيحُ الوطءَ.

وأمَّا اعتبارُ الدُّخولِ بها: فلقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ الجلدُ والرجمُ». والثَّيِّبُ عبارةٌ عن الواطئِ وعن الموطوءةِ.

وأمَّا اعتبارُ الدخولِ بهما، وهما على صفةِ الإحصانِ: فلأنَّ كلَّ وطءٍ لا يُوجِبُ الإحصانَ لأحدِ الواطئَيْن لا يُوجِبُه للآخرِ، أصلُه وطءُ المملوكِين هذا هو المشهورُ مِن المذهبِ، وقد روِي عن أبي يوسفَ: أنَّه لا يُعْتبَرُ الدخولُ، وهما على صفةِ الإحصانِ[4].

ووجهُ ذلك: أنَّ الحرَّ المسلمَ إذا وطِئ الأمةَ أو الكافرةَ فقد كَمُلتْ شرائطُ

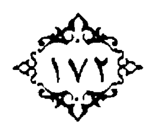
---

(١) في (ي): «روى».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٣٤٩)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١١/ ٤٤٦)، والدارقطني (٣٢٩٤)، والبيهقي (٨/ ٢١٥).

(٣) في (م): «تعين».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤٠).



الإحصانِ فيه، ففَقْدُها[1] في الموطوءةِ لا يمنعُ مِن وجوبِ الحدِّ على الواطئِ.

قال: ولا يُجمَعُ في المُحصَنِ بينَ الجلدِ والرجمِ.

وقال أهلُ الظاهرِ: يُجلَدُ المحصنُ، ثُمَّ يُرجَمُ[2].

لنا: ما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجَم ماعزًا، ولم يجلِدْه»، ولأنَّ الجلدَ حدٌّ بنفسِه فلا يُضَمُّ إلى الرجمِ كالقطعِ.

فإن قيل: روِي في حديثِ عبادةَ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البِكْرُ بالبِكْرِ جلدُ مئةٍ وتغريبُ عامٍ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ الجلدُ والرجمُ».

قيل له: معناه الجلدُ تارةً والرجمُ أخرى، يُبيِّنُ ذلك أن الثَّيِّبَ على ضربَيْن: ثَيِّبٌ محصَّنٌ، وثَيِّبٌ غيرُ محصنٍ، فبيَّنَ رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حدَّ الثَّيِّبِ في الحالَيْن، يُؤكِّدُ ذلك أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في قصةِ العَسِيفِ: «واغْدُ يا أُنيسُ إلى امرأةِ هذا فإنِ اعترَفَتْ فارْجُمْها». ولم يَذكُرْ جلدَها.

قال: ولا يُجمَعُ في البكرِ بينَ الجلدِ والنَّفْيِ، إلا أن يَرى ذلك مصلحةً فيُغرِّبُه على قدرِ ما يرى[3].

على وجهِ التعزيرِ، وقال الشافعيُّ: يَنْفِيه سنةً على وجهِ الحدِّ، ويَسْتوي في ذلك الرجلُ والمرأةُ، وفي المملوكِ[4] قولانِ[5].

---

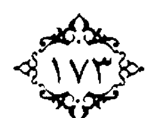
(١) في (ر، س): «ففقدهما».

(٢) ينظر: «المحلى» (١١/ ٢٣٣- ٢٣٧).

(٣) ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٥٣).

(٤) في (ي): «المملوكات».

(٥) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» (١١/ ١٣٨)، و«المجموع» (٢٠/ ٩).



لنا: قولُـه تعالـى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ظاهرُ الآيةِ أنَّ هذا جميعُ الحدِّ[1]؛ فمَن قال: إنه بعضُ الحدِّ[1]. فقد خالَف الظاهرَ، ولأنَّ ما ثبَت بنفسِه حدًّا في قاطعِ الطريقِ لا يُضَمُّ إلى الجلدِ في الزِّنى على طريقِ الحدِّ كالقطعِ.

فإن قيل: روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «البكرُ بالبكرِ جلدُ مئةٍ وتغريبُ عامٍ».

قيل له: هذا الخبرُ مُتقدِّمٌ على الآيةِ، فنزَلتِ الآيةُ ناسخةً له، يُبَيِّنُ ذلك أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «خُذوا عنِّي». ولو كانتِ الآيةُ نزَلتْ لقال: خُذوا عن القرآنِ.

وكلُّ شيءٍ روِي عن الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم غرَّبوا، فهو محمولٌ على أنهم فعَلوه على وجهِ التعزيرِ؛ كما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نفي هِيتَ المُخنَّثَ»[2]، «ونفَى عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نصرَ بنَ الحَجَّاجِ؛ لأنَّ امرأةً فُتِنتْ بذكرِه لِما رأى في ذلك مِن المصلحةِ»[3]، وقد روِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كفَى بالنفيِ فتنةً»[4]. فسَمَّاه فتنةً.

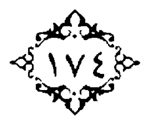
---

(١) في (م): «الحكم».

(٢) أخرجه البزار (١٠٨٣)، وأبو يعلى (٧٥٨) من طريق عبد الكريم، عن مجاهد، عن عامر بن سعد بن مالك، عن سعد بن مالك. قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٧٧): «فيه عبد الكريم أبو أمية، وهو ضعيف».

(٣) أخرجه ابن سعد (٣/ ٢٦٥)، والبلاذري في «أنساب الأشراف» (١٠/ ٣٣٤، ٣٣٥)، والخرائطي في «اعتلال القلوب» (٨٢٨) من طريق داود بن أبي الفرات، عن عبد اللَّه بن بريدة، عن عمر. قال الحافظ في «الإصابة» (١١/ ١٤٦): «سند صحيح».

(٤) أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» (٦١١)، وعبد الرزاق (١٣٣١٣، ١٣٣٢٧).



قال: وإذا زنَى المريضُ وحَدُّه الرَّجْمُ رُجِم، فإنْ كان حَدُّه الجلدَ لم يُجلَدْ حتى يبرأَ.

وذلك لأنَّ مَن حَدُّه الرجمُ لا معنى لتخصيصِ الأحوالِ في حقِّه لمَّا كان المقصودُ إتلافَه؛ فأمَّا مَن حَدُّه الجلدُ فلو ضرَبْناه حالَ المرضِ فلم نأمَنْ[1] أن يؤديَ ضربُه إلى التلفِ، وذلك غيرُ مُستَحَقٍّ بالجلدِ، ولهذا لا يُجلَدُ في الحرِّ الشديدِ، والبردِ الشديدِ لخوفِ التَّلَفِ.

قال: وإذا زنَتِ الحاملُ لم تُحَدَّ حتى تَضَعَ حملَها.

وذلك لِما روِي: «أنَّ الغامديَّةَ لمَّا أقرَّتْ بالزِّنى وهي حاملٌ، قال لها النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اذهَبِي حتى تَضَعِي». وروِي: «أنَّ عمرَ بنَ الخطابِ همَّ برجمِ حاملٍ، فقال له عليٌّ: إنْ يَكُ[2] لك عليها سبيلٌ، فلا سبيلَ لك على ولدِها»[3].

قال: فإنْ كان حَدُّها الجلدَ فحتى تتعالَى مِن نِفَاسِها.

لأنَّ النِّفاسَ مرضٌ، وقد بيَّنَّا أنَّ المريضَ لا يُجلَدُ حتى يبرأَ.

قال: وإذا شهِد الشُّهودُ بِحَدٍّ مُتقادِمٍ لم يَقطَعْهم[4] عن إقامتِه بُعْدُهم عن الإمامِ، لم تُقبَلْ شهادتُهم إلا في حدِّ القذفِ خاصةً.

---

(١) في (ر، م): «يأمن». (٢) في (ض، ي): «يكن».

(٣) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٤٥٤)، و«سنن سعيد بن منصور» (٢٠٧٦-الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩٤٠٨)، و«سنن الدارقطني» (٣٨٧٦)، وعندهم أن القائل هو معاذ بن جبل.

(٤) في (ض): «يمنعهم».



وقال الشافعيُّ: تُقبَلُ شهادتُهم[1]. وعلى هذا الخلافِ حدُّ الشُّرْبِ.

دليلُنا: ما روِي عن عمرَ بن الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «أيُّما شُهُودٍ شهِدوا بحَدٍّ، لم يَشْهَدوا عندَ حضرتِه، فهم شُهُودُ ضِغْنٍ، لا تُقبَلُ شهادتُهم»[2]. ولا مخالفَ له، ولأنَّه لا يُعلَمُ مِن طريقِ القياسِ، فيُحمَلُ على أنَّه قاله توقيفًا.

ولأنَّ الشاهدَ مُخيَّرٌ بينَ السَّترِ والإظهارِ، بل هو مندوبٌ إلى السَّترِ على المشهودِ عليه وبينَ إقامةِ الشهادةِ، بل هو مندوبٌ إلى السَّترِ[3]، فإذا أمسَك عن إقامتِه وهو الخصمُ، فالظاهرُ أنَّه اختارَ السَّترَ الذي هو الأَوْلى عندَه، فإذا شهِد بعدَ ذلك فالظاهرُ أنَّه لم يَترُكِ المندوبَ والأَوْلى إلا لأمرٍ حمَله على ذلك فاتُّهِم في شهادتِه، وصارَتْ شُبْهةً فيها فلم تُقبَلْ.

ولا يلزمُ على هذا حدُّ القذفِ؛ لأنَّ الشاهدَ ليس بخصمٍ فيه، وإنما يشهَدُ

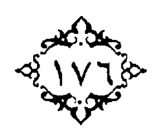
---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٣٠).

(٢) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٧/ ٢٢٩) من طريق الحسن بن عمارة، عن سعيد ابن أبي بردة، عن أبيه، عن عمر. وينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٧٦٠)، و«سنن البيهقي» (١٠/ ١٥٩).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤١): «شهودُ ضِغْنٌ بكسر الضاد المعجمة، وبعدها نون: العداوة والحقد».

(٣) قال في حاشية (ح): «الشاهد في أسباب الحدود؛ من الزِّنى والسرقة وشرب الخمر والقذف مخير بين أن يشهد حسبةً للَّه تعالى، وبين أن يستر؛ لأن كل واحدٍ منهما أمر مندوب إليه، قال اللَّه تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ستر على مسلمٍ ستر اللَّه عليه في الآخرة». فقد ندبه الشرع إلى كل واحد منهما. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٢).



عندَ مُطالبةِ المقذوفِ، فالتأخيرُ إنما هو لتركِ المطالبةِ، ولا يلزمُ إذا أخَّر، والشهادةُ لعُذْرٍ مِن مرضٍ أو لبُعْدِ المسافةِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّهم توقَّفوا للقدرةِ على إقامةِ الشهادةِ، ولا يُشبِهُ هذا إذا أقرَّ بحدٍّ مُتقدِّمٍ؛ لأنَّ المُقِرَّ غيرُ مُتَّهَمٍ على نفسِه، فلم يُؤثِّر التأخيرُ، والشهادةُ يُؤثِّرُ فيها التُّهْمةُ، وفي التأخيرِ تُهْمةٌ مِن الوجهِ الذي بيَّنَّاه.

فإن قيل: كلُّ شهادةٍ قُبِلتْ مع تقارُبِ الزمانِ قُبِلتْ مع تَباعُدِه، أصلُه الشهادةُ بالقصاصِ.

قيل له: الشهادةُ بالقصاصِ الخصمُ فيها المُدَّعِي، فلا يجوزُ أن يشهدَوا قبل دَعْواه، فلم يَلْحَقْهم تهمةٌ بالتأخيرِ، وفي مسألتِنا الشُّهودُ هم الخصمُ فيه؛ ألَا تَرى أنَّه لا يَقِفُ على مُدَّعٍ، وإذا أخَّروا مِن غيرِ عُذْرٍ صارَتْ شُبْهةً.

وقد قال أبو حنيفةَ: لا يتوقَّفُ التقادمُ. وروَى عنه الحسنُ: سَنَةٌ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: شهرٌ[1].

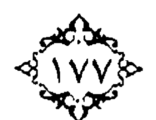
وجهُ الرِّوايةِ الأُولى عن أبي حنيفةَ: أنَّ التقادمَ يختلِفُ باختلافِ الأحوالِ والأعذارِ، فوقِف على الاجتهادِ فيما يُعَدُّ ذلك تفريطًا، والرِّوايةُ الأُخرى لا تُنافِي هذه إلا أنَّه جعَل السَّنَةَ تقادُمًا، وهذا لا ينفِي أن يكونَ ما دونَها كذلك.

وجهُ قولِهما: أنَّ الشهرَ في حكمِ الكثيرِ[2]؛ بدليلِ أنَّه يُجعلُ في العادةِ أجَلَ الدُّيونِ، فجاز أن يُقدَّرَ به التَّفريطُ في التأخيرِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ٧٠)، و«الاختيار» (٤/ ٨٢).

(٢) في (ر، س): «كبير».



قال: ومَن وطِئ امرأةً أجنبيةً فيما دونَ الفرجِ عُزِّرَ.

وذلك لأنَّه أتَى منكرًا ليس فيه حَدٌّ فلزِم فيه التعزيرُ، وإنما قلنا: إنه لا حدَّ فيه. لأنَّه ليس بزنى، بدليلِ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمَّا أقرَّ عندَه ماعزٌ بالزِّنى اسْتَفسَره عن صفةِ الزِّنى، حتى قال: «كالمِيلِ في المُكْحُلةِ، وكالرِّشاءِ في البئرِ؟»[1]. فدَلَّ على أنَّ الزِّنى ما كان في الفرجِ، وما ليس بزنى لا يجِبُ فيه الحَدُّ.

قال: ولا حَدَّ على مَن وطِئ جاريةَ ولـدِه، أو ولدِ ولدِه، وإنْ قال: علِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ.

أمَّا جاريةُ ولدِه: فلأنَّها على حكمِ مِلْكِه فصارَتْ كجاريتِه، فلا يجِبُ الحدُّ وإنْ علِم بتحريمِها، وكذلك جاريةُ ولدِ ولدِه؛ لأنَّ بينَهما أولادًا، فصارَتْ كجاريةِ الولدِ، وعلى هذا كلُّ موضعٍ كانتِ الشُّبْهةُ [2]فيه مُسقِطَةً[2] للحَدِّ في الموطوءةِ.

ولا فرقَ بينَ أن يعلمَ بالتحريمِ أو لا يعلمَ لوجودِ الشُّبهةِ في الحالَيْن، فمِن ذلك الجاريةُ المَبِيعةُ إذا وطِئها البائعُ قبلَ القبضِ، والجاريةُ المُتزوَّجُ عليها إذا وطِئها الزوجُ قبلَ القبضِ، والمطلقةُ طلاقًا بائنًا في العِدَّةِ، والجاريةُ بينَ شريكَيْن.

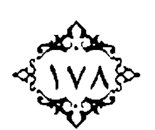
وأمَّا إذا كانتِ الشُّبْهةُ في الفعلِ، فقال: ظننتُ أنَّها تَحِلُّ لي. لم يُحَدَّ، وإنْ

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٢٨)، والنسائي في «الكبرى» (٧١٢٦) من حديث أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٢): «الرِّشَاء: تقدم في الزكاة». وينظر ما تقدم في كتاب الزكاة تحت قول الماتن: «وما سُقِي بغَرْبٍ، أو داليةٍ، أو سانيةٍ ففيه نصفُ العشرِ في القولينِ».

(٢-٢) في (ي): «المنقطعة».



قال: علِمتُ أنَّها حرامٌ. فإنَّه يُحَدُّ؛ لأنَّ الشُّبْهةَ غيرُ موجودةٍ مع علمِه بالتحريمِ.

قال: وإذا وطِئ جاريةَ أبيه، أو أمِّه، أو زوجتِه، أو وطِئ العبدُ جاريةَ مَوْلاه، وقال: علِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ. حُدَّ، وإنْ قال: ظننتُ أنها تحِلُّ لي. لم يُحَدَّ.

وذلك لأنَّ الشُّبهةَ في هذه المسائلِ في الفعلِ، وهو أن الابنَ ينبسِطُ في مالِ أبيه ويأكلُ مِن طعامِه، فيجوزُ أن يَشْتبِهَ عليه الوطءُ، وكذلك ينبسِطُ في مالِ أمِّه، وكذلك ينبسِطُ الزوجُ في مالِ زوجتِه ويستخدمُ أَمَتَها وينتفِعُ بمتاعِها، فيجوزُ أن يَشْتبِهَ الوطءُ عليه بذلك، وكذلك العبدُ مالٌ ينبسِطُ في مالِ مَوْلاه بالأكلِ[1] والاستعمالِ، فيجوزُ أن يَشْتبِهَ عليه بالوطءِ، ومَن ادَّعَى شُبْهةً واسْتَندَتْ دَعْواه إلى ظاهرٍ قُبِلتْ دَعْواه.

وإذا قال: علِمتُ أنها حرامٌ. فلا شُبْهةَ له في الفعلِ ولا في الموطوءةِ، فلزِمه الحدُّ.

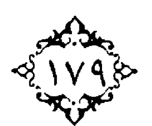
وهذه المسائلُ سبعٌ قد ذكَرَ منها أربعًا، ومِن جملتِها: إذا طلَّق الرجلُ امرأتَه ثلاثًا، ثُمَّ وطِئها في العِدَّةِ وقال: ظننتُ أنَّها تَحِلُّ لي. لم يُحَدَّ؛ لأنَّ العِدَّةَ مِن أحكامِ الملكِ[2]، فيجوزُ أن يَشْتبِهَ عليه أن حكمَ المِلْكِ بمنزلةِ المِلْكِ في إسقاطِ الحدِّ، ومَن ادَّعَى شُبْهةً تَسْتنِدُ إلى ظاهرٍ قُبِلتْ دَعْواه، فإنْ قال: علِمتُ أنَّها لا تَحِلُّ لي. حُدَّ لأنَّه لا مِلْكَ له ولا شُبْهةَ مِلْكٍ[3] في الفعلِ.

---

(١) بعده في (ي): «الشرب».

(٢) في (ض٢، ي): «النكاح».

(٣) من (ي).



فإن قيل: لِم لا يُجعَلُ اختلافُ الناسِ في وُقُوعِ الطلاقِ الثلاثِ شُبْهةً في سقوطِ الحدِّ؟

قيل له: هذه المسألةُ عندَنا لا يَسُوغُ فيها الاجتهادُ، فلا يَتعلَّقُ بالخلافِ فيها حكمٌ، ولهذا قالوا: لو وطِئها بعدَ انقضاءِ العِدَّةِ، وقال: ظننتُ أنَّها تَحِلُّ لي. حُدَّ، ولو كان للاختلافِ حكمٌ لم يجِبِ الحدُّ.

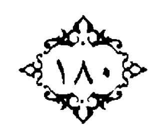
ولو كان طَلَّقها واحدةً بائنةً، ثُمَّ وطِئها في العِدَّةِ لم يُحَدَّ، وإن قال: علِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ. لأنَّ السلفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اختَلفوا في الواحدةِ البائنةِ هل تُزِيلُ المِلْكَ أم لا؟ والاختلافُ في ذلك يُوجِبُ اختلافًا في الفعلِ هل هو زنى أم لا؟ فمنَع ذلك مِن وُجُوبِ الحدِّ.

ومِن جملةِ المسائلِ السبعةِ أيضًا: إذا وطِئ أمَّ ولدِه وهي تعتدُّ منه.

ومنها: الجاريةُ المرهونةُ؛ ذكَر في كتابِ الرهنِ أنَّه لا حدَّ عليه إذا قال: ظننتُ أنَّها تَحِلُّ لي. لأنها محبوسةٌ للاستيفاءِ، فأشبَه الجاريةَ المبيعةَ في يدِ البائعِ، وذكَر في كتابِ الحدِّ أنَّه يُحَدُّ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيها، ولا حكمَ مِلْكٍ، وإنما له حقُّ الاستيفاءِ، فأشبَه الغريمَ إذا وطِئ جاريةَ الميتِ أنَّه يُحَدُّ، وإن قال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي.

قال: ومَن وطِئ جاريةَ أخيه، أو عمِّه وقال: ظننتُ أنها حلالٌ. حُدَّ.

وذلك لأنَّه لا شُبْهةَ له في الموطوءةِ ولا في الفعلِ أيضًا؛ ألَا ترى أنَّه لا يَنبسِطُ له في مالِ هؤلاء، والحدُّ إنما يسقُطُ بالشُّبْهةِ ولم يُوجَدْ.



قال: ومَن زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه، وقُلْنَ النساءُ: إنَّها زوجتُك. فوطِئها، فلا حَدَّ عليه، وعليه المهرُ.

وذلك لأنَّ الإنسانَ إنما يعرفُ زوجتَه بالمشاهدةِ أو بالإخبارِ، وفي هذه الحالِ لا طريقَ له إلى معرفتِها بالمشاهدةِ فوُقِف على الإخبارِ، وقد أُخبِر بأنَّها زوجتُه، فسقَط عنه الحدُّ لمَّا اسْتَندَتْ شُبْهتُه إلى ظاهرٍ، وإذا سقَط عنه الحدُّ لزِمه المهرُ؛ لأنَّ الوطءَ التامَّ في مِلْكِ الغيرِ لا يخلو مِن حَدٍّ أو مهرٍ، وقد سقَط الحدُّ فلزِم المهرُ.

قال: ومَن وجَد امرأةً على فراشِه فوطِئها لزِمه الحدُّ.

وذلك لأنَّ وُجودَ المرأةِ في بيتِه على فراشِه ليس بشُبْهةٍ؛ ألَا ترى أنَّه قد يكونُ في بيتِه أمُّه وأختُه والأجنبيةُ، والشُّبْهةُ إذا لم تستنِدْ إلى سببٍ ظاهرٍ لا يُعتَدُّ بها، كما لو وجَد امرأةً في غيرِ دارِه نائمةً عليها ثيابُ زوجتِه.

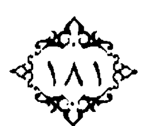
وقد قال الشافعيُّ: لا حدَّ عليه؛ لأنَّه وطءٌ يتعلَّقُ به تحريمُ المُصاهَرةِ، فلا يَتعلَّقُ به الحدُّ، أصلُه الوطءُ بالعقدِ الفاسدِ[1].

قيل له: الوطءُ بالعقدِ الفاسدِ استَنَدَ إلى سببٍ لو كان صحيحًا أباحَ الوطءَ، فإذا كان فاسدًا أُسقِط الحدُّ، وفي مسألتِنا لم يَستَنِدْ إلى سببٍ، فلم يسقُطِ الحدُّ مع التفريطِ في الاستعلامِ.

وقد قالوا في رجلٍ دخَل إلى بيتِه، فدَعا جاريةً له، فأجابَتْه امرأةٌ أجنبيةٌ حُرَّةٌ،

---

(١) ينظر: «التنبيه» (ص٢٤٢)، و«المهذب» (٣/ ٣٣٨)، و«البيان» (١٢/ ٣٦١).



وهو لا يَراها، فقال: ظَنَنتُها أَمَتي. أنَّه يُحَدُّ ولا يُصَدَّقُ؛ لأنه كان يُمكِنُه أن يتوصَّلَ إلى معرفتِها بالمشاهدةِ، فلم يَكُنْ له عذرٌ في وطئِها بالجوابِ.

قال: ومَن تزوَّج امرأةً لا يَحِلُّ له نكاحُها، فوطِئها لم يجِبْ عليه الحدُّ.

وهذا الذي ذكره[1] قولُ أبي حنيفةَ، وسواءٌ عندَه اتُّفِق على تحريمه أو اختُلِف فيه، علِم الواطئُ بالتحريمِ أو لم يعلَمْ، وهو قولُ زفرَ[2].

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا تزوَّج بنكاحٍ مُجمَعٍ على تحريمِه، مُحرَّمةً كانت المرأةُ[3] أو غيرَ مُحرَّمةٍ، والواطِئُ يعلَمُ أنَّها حرامٌ، فليس ذلك بشُبْهةٍ، وعليه الحدُّ إذا وطِئ، وإنْ كان لا يعلَمُ فلا حَدَّ عليه[4]. وبه قال الشافعيُّ[5].

والكلامُ في هذه المسألةِ يقعُ في ثلاثة[6] مواضعَ:

أحدُها: أنَّ هذا الوطءَ لا يُسَمَّى زنى.

والثاني: في نفسِ المسألةِ.

والثالثُ: أنَّ مجردَ العقدِ[7] شُبْهةٌ.

والرابعُ: في وطءِ أمتِه إذا كانَتْ ذاتَ محرمٍ منه.

---

(١) بعده في (ي): «صحيح».

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٠٢).

(٣) ليس في: (ر، س، ض).

(٤) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٠٢)، و«العناية» (٥/ ٢٥٩).

(٥) ينظر: «البيان» (٨/ ٥٢٥).

(٦) في (ر، ش): «أربعة».

(٧) في (ي): «الوطء».



والدليلُ على أنَّ هذا الوطءَ لا يُسَمَّى زنى: أنَّ العربَ كانَتْ تُشاهِدُ المجوسَ يتزوَّجون بذواتِ أرحامِهم ولا يُسَمُّونه زنى ولا أولادَهم أولادَ زنى، ولأنَّا نُقِرُّ الكفارَ[1] على هذا الوطءِ، فلو كان زنى لم يَجُزْ إقرارُهم عليه، وإذا ثبت أنَّه ليس بزنى لم يجِبْ به الحدُّ.

والدليلُ في نفسِ المسألةِ: هو أنَّه وطءٌ لو وجِد مِن الكفارِ لم يُوجِبِ الحدَّ، فإذا وجِد مِن المسلمِ لم يوجِبِ الحدَّ، أصلُه إذا تزوَّجها شهرًا.

فإن قيل: الذِّمِّيُّ يعتقِدُ إباحةَ هذا الوطءِ، والمسلمُ يعتقِدُ تحريمَه فافترقا.

قيل له: اعتقادُ الإباحةِ لا يُسقِطُ الحدَّ إلا إذا وجِد سببٌ مُؤثِّرٌ؛ بدليلِ أنَّ مَن اعتَقد إباحةَ الزِّنى مِن الكفارِ لا يَسقُطُ الحدُّ عنه، ومَن اعتَقد إباحةَ الخمرِ لم يَسقُطِ الحدُّ عنه، وكذلك اعتقادُ التحريمِ مع وجودِ سببٍ مُؤثِّرٍ في الحدِّ لا يَتعلَّقُ به الحدُّ؛ بدليلِ وطءِ الأبِ جاريةَ ابنِه، ووطءِ أحدِ الشريكَيْن، ووطءِ المَوْلى جاريتَه المجوسيَّةَ، أو الحائضَ، أو ذواتِ رحمِ الزوجِ.

والدليلُ على أنَّ العقدَ في نفسِه شُبْهةٌ: أنَّ العقدَ والمِلْكَ كلُّ واحدٍ منهما سببٌ للإباحةِ، فإذا كان المِلْكُ إذا وجِد غيرُ مُبيحٍ في الجاريةِ المشتركةِ والمجوسيةِ كان شُبْهةً، فكذلك العقدُ إذا وجِد غيرُ مُبيحٍ؛ ولأنَّ العقدَ أخصُّ بالإباحةِ؛ لأنه لا يوجَدُ إلا مبيحٌ[2]، والمِلْكُ يوجَدُ غيرَ مبيحٍ، فإذا كان المِلْكُ شُبْهةً فالعقدُ أَوْلى.

---

(١) في (أ، ح، ر، س، ع): «الكافر».

(٢) في (ي): «مبيحًا».



والدليلُ على أنَّه إذا ملَك أختَه مِن الرَّضاعِ فوطِئها لم يجِبْ عليه الحدُّ: أنَّه وطءٌ في مِلْكٍ، فلم يَتعلَّقْ به حدٌّ كوطءِ الجاريةِ المشتركةِ والمكاتبةِ والحائضِ.

وجهُ قولِهما: أنَّه وطءٌ مُحرَّمٌ على التأبيدِ في غيرِ مِلْكٍ مُجمَعٌ على تحريمِه، فتَعلَّقَ به الحدُّ كالزِّنى.

وأمَّا إذا كان لا يعلَمُ بالتحريمِ، فلا حدَّ عليه عندَهما؛ لأنَّ الشرعيَّاتِ لا يَثبُتُ حكمُها إلا بالسَّمعِ، فإذا لم يعلَمْ بالتحريمِ لم يجِبِ الحدُّ.

وقد روِي: «أنَّ رجلًا كان ضيفًا لأهلِ بيتٍ باليمنِ، فأصبح يُحدِّثُ أنَّه زنَى بربَّةِ البيتِ، فكُتِب فيه إلى عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فكتَب: إنْ كان يعلَمُ أنَّ اللَّهَ تعالى حرَّم الزِّنى فاجلِدُوه، وإنْ كان لا يعلَمُ فأعلِمُوه، فإن عاد فاجلِدُوه»[1].

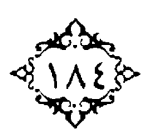
وأمَّا إذا كان النكاحُ مما يختلِفُ فيه الفقهاءُ مثلَ النكاحِ بغيرِ وليٍّ، وبغيرِ شهودٍ، وما أشبَه ذلك فلا حدَّ عليه، وإنْ كان عندَ الواطِئِ[2] أنَّه محرَّمٌ في قولِهم، إذا كان بعضُ الفقهاءِ يُجيزُه فهو شُبْهةٌ؛ لأنَّه اجتَمع الموجِبُ والمُسقِطُ، فكان الحكمُ للمُسقِطِ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٣٦٤٣) عن سفيان بن عيينة، وسعيد بن منصور، كما في «تغليق التعليق» (٥/ ٢٤١، ٢٤٢) عن حماد بن زيد؛ كلاهما (سفيان، وحماد)، عن عمرو بن دينار، عن سعيد بن المسيب، عن عمر. قال ابن كثير: «هذا إسناد صحيح». وينظر: «مسند الفاروق» (٢/ ٥٠٥، ٥٠٦)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٣٦٠)، و«البدر المنير» (٨/ ٦٣٦، ٦٣٧)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ٦١)، و«فتح الباري» (١٢/ ١٨٦).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٢): «ربَّة البيت: صاحبته».

(٢) في (ي): «الوطء».



قال: ومَن أتَى امرأةً في الموضعِ المكروهِ[1]، أو عمِل عمَلَ قومِ لوطٍ فلا حدَّ عليه.

عندَ أبي حنيفةَ ويُعزَّرُ[2]، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هو كالزِّنى[3].

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: يُقتَلُ بكلِّ حالٍ. وفي القولِ الآخرِ: إنَّه كالزِّنى، يُجلَدُ إن كان بِكْرًا، ويُرجَمُ إن كان ثيبًا[4].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه لا يُسَمَّى زنى؛ بدليلِ أنَّ أهلَ اللغةِ أفردوه باسمٍ،

---

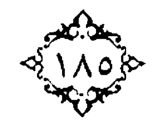
(١) قال في حاشية (ح): «ولأجل إتيان المرأة في دبرها؛ لأن اللَّه تعالى نهى عن قربان الحائض، ونبه على المعنى وهو كون الحيض أذى، والأذى في ذلك المحل أفحش وأدوم فكان أولى بالتحريم، ولأن حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة؛ لأن قضاء الشهوات خاصة في الدار الأخرى، وإنما يثبت لحق قضاء الحاجات، وهي حاجة بقاء النسل إلى انقضاء الدنيا، إلا أنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات، وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الأدبار، فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له. من البدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١١٩).

(٢) في (ي): «وزفر».

(٣) ينظر: «الأصل» (٦/ ١٨٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ١٦٩)، و«الهداية» (٢/ ١٠٢)، و«العناية» (٥/ ٢٦٢).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٣٨)، و«المهذب» (٢/ ٢٦٨)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ١٩٧).

وقال في حاشية (ح): «وهل تكون اللواطة في الجنة؟ قيل: هذا على أصل وهو إن كانت اللواطة حرمت في الدنيا عقلًا وسمعًا لا تباح في الجنة، وإن حرمت سمعًا لا عقلًا تباح فيها، والصحيح أنه لا تكون في الجنة؛ لأن اللَّه تعالى استبعد ذلك واستقبحه فقال: ﴿مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠] وسماه خبثًا فقال: ﴿كَانَت تَّعْمَلُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأنبياء: ٧٤] والجنة منزهة عن الخبائث. هكذا ذكر التمرتاشي. كاكي».



وسَمُّوا الوطءَ في الفرجِ زنى، فإفرادُه بالاسمِ ينفِي الاشتراكَ بينَه وبينَ غيرِه، ولأنه وطءٌ لا يَتعلَّقُ به وُجُوبُ مالٍ بحالٍ، فصار كالوطءِ فيما دونَ الفرجِ، ولأنَّ هذا وطءٌ لا يُبيحُه عقدُ النكاحِ مِن الزوجةِ، وما لا يُملَكُ بعقدِ النكاحِ فاسْتِيفاؤُه مِن الزوجةِ كاستيفائِه مِن الأجنبيةِ، الدليلُ عليه قطعُ يدِها، فلمَّا لم يجِبِ الحدُّ إذا اسْتَوفَى هذا الوطءَ مِن الزوجةِ كذلك مِن الأجنبيةِ.

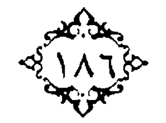
والذي قال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: إنَّه يُقتَلُ بكلِّ حالٍ. لا يَصِحُّ؛ لأنَّه يُخالِفُ إجماعَ مَن تقدَّمه(١).

وجهُ قولِهما: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «اقتُلوا الأعلى والأسفلَ»(٢).

قيل له: هذا خبرٌ لا أصلَ له، يَدُلُّ على ذلك أنَّ الصحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اختَلفوا في عُقُوبتِهم، فكلُّ واحدٍ منهم قال فيه شيئًا، وهي قصةٌ مشهورةٌ؛ فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

(١) قال في حاشية (ح): «وكيف يعمل بالإجماع وقد ورد في الحديث: «من عَمِلَ عَمَلَ قوم لوط فاقتلوه». وينظر: «البيان» (١٢/ ٣٦٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وأبو يعلى (٦٦٨٧)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٨٣٣) من طريق عاصم بن عمر، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الذي يعمل عمل قوم لوط قال: «ارجموا الأعلى والأسفل، ارجموهما جميعًا». قال الترمذي في «جامعه» (٤/ ٥٨): «هذا حديث في إسناده مقال، ولا نعرف أحدًا رواه عن سهيل بن أبي صالح، غير عاصم بن عمر العمري، وعاصم بن عمر يضعف في الحديث من قبل حفظه».
وأخرجه الآجري في «ذم اللواط» (٣١) من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر بن حفص، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة. وعبد الرحمن متروك. ينظر: «الجرح والتعديل» (٥/ ٢٥٣)، و«تهذيب الكمال» (١٧/ ٢٣٤).



«يُحَرَّقُ أو يُرجَمُ»[1]. وقال ابنُ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «يُرجَمُ»[2]. وقال بعضُهم: «يُرْمَى به مِن شاهقِ الجبلِ»[3]. وهذا الاختلافُ يَدُلُّ على أنَّه لم يَصِحَّ عندَهم في ذلك شيءٌ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

والذي روِي عنهم فهو[4] قضيةٌ في عينٍ يُحتَمَلُ أن يكونَ فعَل ذلك مُسْتحِلًّا له؛ يُبَيِّنُ ذلك أنَّهم مَثَّلوا به، والمُثْلةُ لا تكونُ إلا في المرتدِّ دونَ غيرِه.

وإذا ثبَت عندَ أبي حنيفةَ أنَّه لا حدَّ عليه، كان عليه التعزيرُ؛ لأنَّ الناسَ أحدُ قائلَين؛ منهم مَن أوجَب الحدَّ، ومنهم مَن أوجَب التعزيرَ وأسقَط الحدَّ، فإذا سقَط الحدُّ عنه وجَب التعزيرُ بالإجماعِ.

قال: ومَن وطِئ بهيمةً فلا حدَّ عليه.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: هو زنى. وفي الآخرِ: يُقتَلُ بكلِّ حالٍ[5].

ومِن أصحابِه مَن قال فيها قولًا ثالثًا: أنَّه يُعَزَّرُ ولا يُحَدُّ. وهو قولُ أصحابِنا[6].

---

(١) قال البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٢): «وروي من وجه آخر عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غير هذه القصة قال: «يرجم ويحرق بالنار».

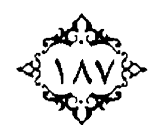
(٢) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٤٩١)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٨٩٢٦)، و«سنن أبي داود» (٤٤٦٣)، و«السنن الكبرى» للنسائي (٧٢٩٨)، و«سنن الدارقطني» (٣٢٣٥).

(٣) وينسب لابن عباس أنه قال: «ينظر إلى أعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسًا، ثم يتبع الحجارة». ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٨٩٢٥)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٣٢)، و«نصب الراية» (٣/ ٣٤٢).

(٤) في (ج، م): «فهي».

(٥) ينظر: «الأم» (٨/ ١٢٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٢١)، و«الحاوي» (١٣/ ٢٢٤).

(٦) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٠٢)، و«العناية» (٥/ ٢٦٥).



لنا: أنَّه فعلٌ لا يُسَمَّى زنى، فلا يجِبُ به الحدُّ كالوطءِ فيما دونَ الفرجِ.

فإن قيل: روِي عن ابنِ عباسٍ، أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن أتَى بهيمةً فاقْتُلوه واقْتُلوها[1]».

قيل له: قد ذكَر أبو داودَ، عن ابنِ عباسٍ، أنه قال: «ليس على مَن أتَى بهيمةً حدٌّ»[2]. ولا يجوزُ أنه يَسمَعُ مِن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه أوجَب الحدَّ، ويقولُ: لا حدَّ. فدلَّ ذلك على ضعفِ الخبرِ، ويحتمِلُ أن يكونَ النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك في المُستحِلِّ، فأجابَ[3] ابنُ عباسٍ في غيرِ المُستحِلِّ.

قال: ومَن زنَى في دارِ الحربِ، أو في دارِ البغيِ، ثُمَّ خرَج إلينا لم يُقَمْ عليه الحدُّ.

لأنَّ الإمامَ لم يَكُنْ له عليه يدٌ في وقتِ وجوبِ الحدِّ، فصار ذلك شُبْهةً في سُقُوطِه.

وقد قالوا: إذا أقرَّ الرجلُ أنه زنَى بامرأةٍ غائبةٍ، أنَّ القياسَ أن لا يُحَدَّ؛ لأنَّ المرأةَ لو حضرتْ جاز أن تدَّعيَ شُبْهةً تُسقِطُ الحدَّ عن المُقِرِّ، فلم يَجُزِ استيفاءُ الحدِّ مع تجويزِ الشُّبْهةِ.

والاستحسانُ أن يُحَدَّ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمَّا أقرَّ عندَه ماعزٌ بالزِّنى،

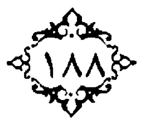
---

(١) بعده في (ي): «معه».

والحديث أخرجه أبو داود (٤٤٦٤)، والترمذي (١٤٥٥)، والنسائي في «الكبرى» (٧٣٠٠)، وابن ماجه (٢٥٦٤). قال أبو داود: «ليس هذا بالقوي».

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤٦٥)، والترمذي بعد حديث (١٤٥٥)، والنسائي في «الكبرى» (٧٣٠١).

(٣) في (ر): «وأوجب».



رجَمه (1) مِن غيرِ حضورِ (1) المَزْنيِّ بها، فإنْ حضَرتِ المرأةُ فأنكَرتْ أن يكونَ زنَى بها، قال أبو حنيفةَ: لا حدَّ عليه.

وقال زفرُ، وأبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليه الحدُّ[2]. وهو قولُ الشافعيِّ [3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه لا يَخْلو إمَّا أن يجعلَه[4] زانيًا بها أو بغيرِها، ولا يجوزُ أن يجعلَه زانيًا بها مع إنكارِها، ولا يجوزُ أن يجعلَه زانيًا بغيرِها؛ لأنه خلافُ ما أقرَّ به، فلم يَبْقَ إلا إسقاطُ الزِّنى.

وجهُ قولِهم: ما روِي في حديثِ سهلِ بنِ سعدٍ: «أنَّ رجلًا أقرَّ عندَ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه زنَى بامرأةٍ فأنكَرتْ، فحَدَّه النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[5].

قلنا: يحتمِلُ أنها أنكَرتْ، فطالَبتْ بحدِّ القذفِ فحَدَّه لذلك، هذا لو صَحَّ الخبرُ مع ضعفِه.

فإن قيل: سُقُوطُ الحدِّ عن أحدِ الواطئَيْن لا يوجِبُ سُقُوطَه عن الآخرِ، كما لو زنَى بمجنونةٍ أو صغيرةٍ.

قيل له: الحكمُ بالوطءِ لم يَبطُلْ في حقِّهما، فكذلك وجَب الحدُّ على العاقلِ[6]،

(1-1) في (ي): «مع غيبة».

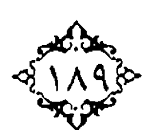
(2) ينظر: «المبسوط» (9/ 99)، و«بدائع الصنائع» (7/ 62).

(3) ينظر: «الأم» (7/ 339)، و«الحاوي» (17/ 240).

(4) في (ي): «نجعله».

(5) أخرجه أبو داود (4437، 4466)، وابن عدي في «الكامل» (4/ 303)، (6/ 309)، والدارقطني (3155). وينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (4/ 531).

(6) في (ر، س): «العاقلة».



وفي مسألتِنا بطَل الحكمُ بالوطءِ في حقِّها[1] لمَّا لم يُصَدَّقْ عليها[2]، فلم يُمكِنْ إثباتُه في حقِّه فيَبطُلُ.

والله أعلم

(١) في (ر): «حقهما».

(٢) في (ر): «عليه».

باب حد الشرب

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومَن شرِب الخمرَ فأُخِذ وريحُها موجودٌ، فشهِد الشُّهودُ بذلك عليه، أو أقرَّ فعليه الحدُّ.

وذلك لأنَّ شُرْبَ الخمرِ سببٌ لوجوبِ الحدِّ، والأسبابُ المُوجِبةُ للحدِّ تَثْبُتُ بالشهادةِ، وتَثبُتُ بالإقرارِ، والدليلُ عليه الزِّنى والقذفُ، إلا أنَّه لا تُقبَلُ الشهادةُ مع عدمِ ريحِها؛ وذلك لأنَّ الشهادةَ تكونُ بحَدٍّ مُتقادِمٍ، وقد دَلَّلْنا على أنَّ الشَّهادةَ لا تُقبَلُ بحَدٍّ مُتقدِّمٍ.

قال: وإنْ أقرَّ بعدَ ذهابِ رائحتِها[1] لم يُحَدَّ.

وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يُحَدُّ[2].

وجهُ قولِهما[3]: ما روِي: «أنَّ رجلًا أقرَّ بشُرْبِ الخمرِ عندَ ابنِ مسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فقال: تَرْتِرُوه ومَزْمِزُوه[4]، ....

(١) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «ريحها».

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ١١٠)، و«العناية» (٥/ ٣٠٢).

(٣) كذا في (أ٢، ج، ح، ش، غ، م)، وفي (أ، ر، س، ض، ض١، ض٢، ظ، ع، ق، ل، ونسخة بين السطرين في أ٢): «لهما»، وفي (ي): «لنا».

(٤) قال في حاشية (ح): «الترترة والتلتلة التحريك». وقال: «المزمزة التحريك بالعنف».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٢): «تَرْتِرُوه بالتاء المثناة، والراء المهملة». =



ثُمَّ اسْتَنكِهوه(1)؛ فإنْ وجَدتُم ريحَها فاجْلِدوه»(2). ولا يُعرَفُ له مخالفٌ، ولأنَّه حدٌّ ليس للآدميِّ فيه حقٌّ، فجاز أن يُؤكَّدَ الإقرارُ بأمرٍ زائدٍ، أصلُه حدُّ الزِّنى، وليس هاهنا ما يُؤكِّدُ به إلا بقاءُ الأثرِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ المُقِرَّ لا تَلحَقُه التُّهْمةُ فيما يُقِرُّ به على نفسِه، فلم يُؤثِّرِ التأخيرُ في إقرارِه كحَدِّ الزِّنى.

قال: ومَن سكَر مِن النَّبيذِ حُدَّ.

وذلك لِما روَى أبو هريرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «إذَا سَكِرَ فَاجْلِدُوهُ، ثُمَّ إذا سَكِرَ فَاجْلِدُوهُ، ثُمَّ إذا سَكِرَ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ»(3). فأوجَب الحدَّ

وقال: «مَزْمِزُوه بالزاي المعجمة: هو التحريك الشديد. قال في المغرب: الترترة والتلتلة والمزمزة: التحريك الشديد، عن علي: ترتروه. وعن ابن مسعود: تلتلوه ومزمزوه. عن كليهما. انتهى. وقال غيره: هو أن يحرك لِيُسْتَنْكَه ليعلم هل شرب أم لا. وهو في الأصل: السوق بعنف، يعني التلتلة. ومزمزوه: هو أن يحرك تحريكًا عنيفًا، لعله يصحو من سكره». ينظر: «النهاية» (١/ ١٨٦)، و«المغرب» (١/ ١٠٣).

(1) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٢): «استنكهوه: استفعال من النكهة، وهي: رائحة الفم، يقال: استنكهت الشارب، ونكهته: تشممت نكهته، أي رائحة فمه. ونكه الشارب في وجهي. أيضًا إذا تنفس، يتعدى ولا يتعدى، وهو من باب منع».

(2) أخرجه عبد الرزاق (١٣٥١٩)، وابن أبي شيبة (٢٩٢١٩)، وابن المنذر (٩١٥٧)، والبيهقي (٨/ ٣١٨، ٣٢٦) من طريق يحيى بن عبد الله الجابر، عن أبي ماجد الحنفي، عن ابن مسعود. ونقل البيهقي عن أبي عبيد، قال: «وهذا الحديث بعض أهل العلم ينكره». قال البيهقي: «لضعف يحيى الجابر، وجهالة أبي ماجد».

(3) أخرجه أبو داود (٤٤٨٤)، والنسائي (٥٦٦٢)، وابن ماجه (٢٥٧٢)، وابن حبان (٤٤٤٧)، والبيهقي (٨/ ٣١٣). قال الحافظ في «موافقة الخبر الخبر» (٢/ ٢٥٦): «هذا حديث صحيح».



بالسُّكْرِ، وهذا إنما يكونُ في غيرِ الخمرِ؛ لإجماعِهم أنَّ الحدَّ في الخمرِ يجِبُ بنفسِ الشُّرْبِ، فأفاد الخبرُ وجوبَ الحدِّ في السُّكرِ مِن الأشربةِ غيرَ الخمرِ، وأنَّه إذا شرِب ما دونَ السُّكرِ منها[1] لا يُوجِبُ الحدَّ.

قال: ولا حدَّ على مَن وُجِد منه رائحةُ الخمرِ، أو مَن تَقيَّأها.

لجوازِ أن يكونَ شَرِبَها مُكْرَهًا أو ادَّخَرَها، والحدُّ يجِبُ إذا شرِبها طوعًا، فما لم يُعلَمْ ذلك لا يجِبِ الحدُّ مع الشُّبْهةِ.

قال: ولا يُحَدُّ السَّكرانُ حتى يُعلَمَ أنه سكِر مِن النَّبيذِ وشرِبه طوعًا.

وذلك لأنَّ السُّكْرَ قد يكونُ مِن غيرِ[2] الشرابِ، وذلك لا يُوجِبُ الحدَّ، وإنما يجِبُ الحدُّ إذا كان مِن النَّبيذِ، فلا بُدَّ أن يُعرفَ، فما لم يُعرفْ لا يجِبِ الحدُّ بالشَّكِّ، وإذا عُرف أنَّه مِن النبيذِ فلا بُدَّ مِن العلمِ بأنه شرِبه طوعًا؛ لأنه لو أُكرِه على الشُّرْبِ[3]، فسكِر لم يجِبْ عليه الحدُّ، فإذا لم يعلَمْ ذلك لا يلزَمُه الحدُّ.

قال: ولا يُحَدُّ حتى يزولَ عنه السُّكْرُ.

وذلك لِما روِي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أُتِي بسكرانَ فحبَسه، فلمَّا صَحا حَدَّه»[4]، ولأنَّ المقصودَ بالحدِّ[5] إيصالُ الألمِ إليه ليَنْزجِرَ عن ذلك، والسُّكْرُ يمنعُ الإحساسَ

---

(1) في (ج، ح، م): «من النبيذ»، وفي (ر): «منهما».

(2) ليس في (ي). وقال في حاشية (ر): «من البنج، أو اللبن الرمال، أو شرب النبيذ مكرهًا، فلا يحد بالشك. مولوي».

(3) في (ي): «السكر».

(4) لم أهتد إليه عن عمر، وإنما ورد عن عليٍّ عند ابن أبي شيبة (٢٩٢١٨).

(5) في (أ، ح، س، ض، ع، ق، م): «الجلد».



بالألمِ، فلا يُوجَدُ المقصودُ بالحدِّ، فوجَب تأخيرُه إلى حالٍ يُوجِبُ المقصودَ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إنَّ السُّكْرَ الذي يجِبُ به الحدُّ أن لا يعرِفَ السماءَ مِن الأرضِ والرجلَ مِن المرأةِ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا اختَلط أكثرُ كلامِه[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ اللَّهَ تعالى نهَى السَّكْرانَ عن الصلاةِ حتى يعلمَ ما يقولُ، فدلَّ على أنَّه ما دام يعلَمُ فحُكْمُه حُكْمُ غيرِه.

وجهُ قولِهما: أنَّه إذا اختَلط أكثرُ[2] كلامِه صار بمنزلةِ المجنونِ.

قال: وحَدُّ الخمرِ والسُّكْرِ في الحرِّ ثمانون سوطًا.

وقال الشافعيُّ: حَدُّه أربعون، فإنِ اقتَصر الإمامُ عليها جاز، وإن ضَمَّ إليها أربعين[2] على طريقِ التعزيرِ جاز[3].

دليلُنا: ما روِي: «أنَّ أبا بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جلَد في الخمرِ أربعينَ، وجلَد عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أيضًا أربعين، ثُمَّ جاءَه خالدٌ وهو في المسجدِ فأخبَره أنَّ الناسَ قد انهمَكوا في الشُّرْبِ، فاستشارَ الصحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الذين حولَه في الحدِّ؟ فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يا أميرَ المؤمنين ثمانينَ جلدةً؛ إنَّه إذا شرِب سكِر، وإذا سكِر هذَى، وإذا هذَى افترَى[4]، وحَدُّ المُفْتَرِي ثمانون. فعمِل بقولِه»[5].

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٠٥)، (٢٤/ ٣٠)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٩٧).

(٢) ليس في (ي).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٤٤٨)، و«الحاوي» (١٣/ ٤١٢)، و«المهذب» (٣/ ٣٧١)، و«البيان» (١٢/ ٥٢٦).

(٤) بعده في (ج، ح، م): «على اللَّه».

(٥) ينظر: «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٥٣، ١٥٤)، و«سنن الدارقطني» (٣٣٢١)، و«المستدرك» (٤/ ٣٧٥)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٣٢٠). =



وأشار أيضًا عبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ بذلك، فقال: «نجعلُه كأحدِ الحدودِ، وأخفُّها[1] ثمانون». وهذا إجماعٌ منهم لا يجوزُ مخالفتُه، ولم يُخالِفْ بعدَ ذلك أحدٌ مِن الفقهاءِ إلا الشافعيَّ.

فإن قيل: كان أبو بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مخالِفًا؛ لأنه جلَد أربعين.

قيل له: ليس مخالفا؛ لأنَّ الذي رُوي عنه أنَّه جلَد بجريدتَيْن أو بنَعْلَيْن فلم يختلِفِ العددُ؛ وإنما اختلفتِ الصِّفةُ، وعلى أن الذي روِي عن أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الفعلُ، والإجماعُ إنما ينعقِدُ بانقراضِ العصرِ، ولم ينقرِضْ حتى أجمَعوا مِن طريقِ القولِ على خلافِه.

وقد روَى أبو سعيدٍ الخدريُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جلَد في الخمرِ بنَعْلَيْن أربعينَ أربعينَ، فجعَل عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مكانَ كلِّ نعلٍ سوطًا»[2]، فهذا يُبيِّنُ أنَّ العددَ لم يختلِفْ؛ وإنما اختلفتِ الصِّفةُ؛ ولأنَّ الأربعينَ قد جُعِلتْ حَدًّا في العبدِ لنُقْصانِه، فلا تكونُ بنفسِها حدًّا في الحرِّ[3] كالخمسينَ.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٣): «انهمكوا: الانهماك؛ التمادي في الشرب، واللجاج فيه».

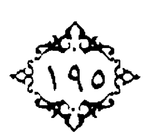
وقال: «هَذَى بالذال المعجمة: يقال هذى: إذا هدر بكلام لا يفهم، يشبه كلام المعتوه».

وقال: «افترى: أي كذب، يقال: فرى يفري فريًا. وافترى يفتري افتراءً: إذا كذب، وهو افتعال منه، وأراد بالمفتري: القاذف».

(١) في (ي): «أوجبها». والخبر أخرجه مسلم (١٧٠٦).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٠٠٢)، وأحمد (١١٢٧٧، ١١٦٤١)، والترمذي (١٤٤٢)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٤٥٢). وقال الترمذي: «حديث حسن».

(٣) في (ر): «الخمر».



فإن قيل: رِوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه جلَد أربعينَ، وأبو بكرٍ أربعينَ، وعمرُ أربعينَ، ثُمَّ استشارَ الصحابةَ وجعَله ثمانين، ولا يجوزُ أن يفعلَ عمرُ غيرَ ما تَقرَّر[١] عليه الشرعُ، فدَلَّ على أنَّه زاد على طريقِ التعزيرِ؛ لأنَّ ذلك موكولٌ إلى رأيِ الإمامِ.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يجوزُ أن يَكِلَ الحدودَ إلى الاجتهادِ، فلا بدَّ أن يكونَ قد ضرَب عددًا مُقرَّرًا[٢]، فالرُّجوعُ إلى مَن علِمه أَوْلَى مِن الرجوعِ إلى مَن لم يعلَمْه، وقد بيَّنَّا[٣] أنَّ أبا سعيدٍ روَى: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضرَب بنَعْلَيْن أربعينَ أربعينَ».

وأيضًا فإنَّ الحدودَ[٤] لا يُضَمُّ إليها التعزيرُ إلا إذا وُجِد سَبَبُه[٥]، فدَلَّ على أنَّهم زادوا على وجهِ الحدِّ؛ ولأنَّ عمرَ أمَر مَن جلَد ثمانينَ ولم يُخَيِّره في النُّقْصانِ في ذلك، ولو كان تعزيرًا لخَيَّره.

قال: ويُفَرَّقُ على بدنِه[٦] كما يُفَرَّقُ في الزِّنى.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: فإنْ كان عبدًا فحَدُّه أربعونَ.

---

(١) في (ي): «قدره».

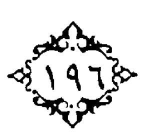
(٢) في (ج): «مقدَّرًا»، وفي (ر): «متقرِّرًا»، وفي (ل): «مقدورًا».

(٣) في (ي): «روينا».

(٤) في (ض): «الجلد»، وفي (ي): «الحد».

(٥) في (ح): «شبهة»، وفي (ل): «شبيه».

(٦) في (ي): «أعضائه».



وذلك لأنَّ حكمَ العبدِ في الحدِّ على النصفِ مِن حدِّ الحرِّ على ما بَيَّنَّاه فيما تقدَّم.

قال: ومَن أقرَّ بشُرْبِ الخمرِ والسُّكْرِ، ثُمَّ رجَع لم يُحَدَّ.

وذلك لِما بيَّنَّا[١] أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يُلَقِّنُ المُقِرَّ بالحدِّ الرُّجوعَ[٢]، فلولا أن رُجُوعَه مقبولٌ لم يَكُنْ لذلك فائدةٌ.

قال: ويَثْبُتُ الشُّرْبُ بشهادةِ شاهِدَيْن.

وذلك لِما روِي: «أنَّ الوليدَ بنَ عقبةَ شهِد عليه حُمْرانُ وآخرُ عندَ عثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه شرِب الخمرَ، فقال عثمانُ لعليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَقِمِ الحدَّ. فقال عليٌّ لعبدِ اللَّهِ بنِ جعفرٍ[٣]: أَقِمْ عليه الحدَّ. فأخَذ السَّوطَ بيدِه فجلَده وعليٌّ يَعُدُّ حتى بلَغ أربعين، فقال: حَسْبُك»[٤].

وروِي: «أنَّ السَّوطَ كان له شُعْبتانِ»، رواه محمدُ بنُ عليٍّ، عن أبيه عليِّ بنِ الحسينِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[٥].

---

(١) في (ي): «روينا».

(٢) يعني: كما تقدَّم بقوله: لعلك فعلت كذا؟ أو فعلت كذا.

(٣) في (ي): «جبير».

(٤) أخرجه مسلم (١٧٠٧).

(٥) أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/ ٩٠ رقم ٢٩٤)، وعبد الرزاق (١٣٥٤٤)، وأبو يعلى (٥٩٩)، وابن المنذر (٩١٤٦، ٩١٦٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٥٤)، والبيهقي (٨/ ٣٢١) من طريق محمد بن علي بن الحسين: «أن عليًا جلد الوليد بن عقبة بسوط له طرفان أربعين جلدة». وعند بعضهم: «جلد رجلًا من قريش». قال البيهقي: «وهذه الرواية منقطعة». وينظر: «فتح الباري» (١٢/ ٧١).



قال: وبإقرارِه مَرَّةً واحدةً.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ، وزفرُ: بإقرارِه مَرَّتَينِ في مجلسَيْنِ[1].

وجهُ قولِهما: أنَّ ما جازَ إثباتُه بشهادةِ شاهدَيْن جاز بإقرارِه مَرَّةً واحدةً كالدُّيونِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه حَدٌّ، فاعْتُبِر عددُ الإقرارِ بعددِ الشُّهودِ كحَدِّ الزِّنى.

قال: ولا تُقبَلُ فيه شهادةُ النساءِ مع الرجالِ.

وذلك لأنَّه سببٌ يُوجِبُ الحدَّ، فلا تُقبَلُ فيه شهادةُ النساءِ، أصلُه حدُّ الزِّنى.

والله أعلم

(١) ينظر: «النتف» (٢/ ٦٤٤)، و«العناية» (٥/ ٣١٢).



باب حد القذف

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا قذَف الرجلُ رجلًا مُحْصَنًا، أو امرأةً مُحْصَنةً بصريحِ الزِّنى، وطالَب المقذوفُ بالحدِّ، حَدَّه الحاكمُ ثمانين سوطًا إن كان حرًّا.

وهذا يشتمِلُ على مسائلَ، منها: وُجُوبُ الحدِّ بقذفِ المُحصَنِ، وقد دلَّ عليه قولُه تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ﴾ [النور: ٤].

ولِما روِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لهلالِ بنِ أُمَيَّةَ حينَ قذَف امرأته بالزِّنى: «ائتِنِي بأربعةٍ يشهَدون، وإلا فحَدٌّ في ظهرِك»[1].

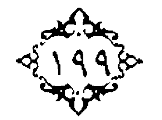
ومنها: أنَّ الحدَّ بالقذفِ بصريحِ الزِّنى دونَ غيرِه، وذلك لأنَّ المرادَ بالرميِ في الآيةِ الزِّنى؛ ألَا تَرى إلى قولِه تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[النور: ٤]، والذي يحتاجُ في إثباتِه إلى أربعةٍ مِن الشُّهودِ هو الزِّنى.

ومنها: أنَّ استيفاءَ الحدِّ يَقِفُ على مطالبةِ المقذوفِ، وذلك لأنَّ الحدَّ وجَب لأجلِ الشَّيْنِ الذي أُلحِق بغيرِه، ومَن ثبَت له حقٌّ وقَف استيفاؤُه على مطالبتِه.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٣): «القَذف بالذال المعجمة: وأصله الرمي، ثم استعمل في الرمي بالزنى، أو ما في معناه حتى غلب عليه».



ومنها: أنَّ قدرَ الحدِّ ثمانون، وذلك صريحٌ في الآيةِ.

ومنها: أنَّ ذلك حدُّ القاذفِ إذا كان حرًّا، فإنْ كان عبدًا فحَدُّه أربعونَ، وروَى جعفرُ بنُ محمدٍ، عن أبيه، عن عليٍّ، قال: «يُجلَدُ العبدُ في الفِرْيةِ أربعين»(1). وعن عبدِ اللَّهِ بنِ عامرِ بنِ ربيعةَ، قال: «أدركتُ أبا بكرٍ وعمرَ وعثمانَ ومَن بعدَهم مِن الخلفاءِ، (2)فلم أَرَهم(2) يَجْلِدون المملوكَ في القذفِ إلا أربعين»(3). وعن ابن عباسٍ نحوَه(4).

وقد روِي عن ابنِ مسعودٍ(5)، والأوزاعيِّ: «يُجلَدُ ثمانين».

دليلُنا: ما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «عليكم بِسُنَّتِي وسُنَّةِ الخلفاءِ الرَّاشدِين مِن بعدِي»(6). وقد ثبَت عنهم ما ذكَرْناه، ولأنه عقوبةٌ تتنصَّفُ وتسقُطُ بالشُّبْهةِ، فكانَتْ على النصفِ مِن حدِّ الحرِّ كحدِّ الزِّنى.

قال: ويُفَرَّقُ على أعضائِه، ولا يُجَرَّدُ مِن ثيابِه غيرَ أنَّه يُنْزَعُ عنه الفَرْوُ والحَشْوُ.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق (١٣٧٨٨، ١٣٧٨٩)، وابن المنذر (٩٢٤٧)، والبيهقي (٨/ ٢٥١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٣): «الفرية: الكذب».

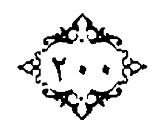
(٢-٢) في (ي): «أنهم».

(3) أخرجه مالك (٢/ ٨٢٨)، وعبد الرزاق (١٣٧٩٣)، وابن أبي شيبة (٢٨٨٠٨)، وابن المنذر (٩٢٤٦)، والبيهقي (٨/ ٢٥١).

(4) أخرجه أبو يوسف في «الخراج» (ص١٨١)، وعبد الرزاق (١٣٧٩٠)، وابن أبي شيبة (٢٨٨٠٦)، وابن المنذر في «تفسيره» (٢/ ٦٥٤)، وسقط من رواية عبد الرزاق: «ابن عباس».

(5) أخرجه ابن المنذر (٩٢٤٩)، وقال: «وليس بثابت عنه».

(6) أخرجه أبو داود (٤٦٠٧)، والترمذي (٢٦٧٦)، وابن ماجه (٤٢) من حديث العرباض بن سارية. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».



وقد بَيَّنَّا ذلك في حدِّ الزِّنى.

قال: وإنْ كان عبدًا جُلِد أربعين.

وقد بَيَّنَّا ذلك.

قال: والإحصانُ أن يكونَ المقذوفُ حرًّا عاقلًا بالغًا مسلمًا عفيفًا عن فعلِ الزِّنى.

أمَّا اعتبارُ الحريةِ: فلقولِه تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] فدَلَّ على أنَّ الإحصانَ يُعَبَّرُ به عن الحريةِ، وإذا كان عبارةً عنها اعْتُبِر وجودُها.

وأمَّا اعتبارُ العقلِ والبلوغِ: فلأنَّ الصبيَّ والمجنونَ لا يكونُ منهما الزِّنى، فلا يَلْحَقُ بقذفِهما شَيْنٌ[1]، وحَدُّ القذفِ يجِبُ لأجلِ إلحاقِ الشَّيْنِ، فإذا لم يُوجَدِ الشَّيْنُ لا يجِبُ الحدُّ.

وأمَّا اعتبارُ الإسلامِ: فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أشرَكَ باللَّهِ فليس بمُحْصَنٍ»[2]. واللَّهُ تعالى أوجَب الحدَّ بقذفِ المُحصَنِ، فإذا لم يَكُنْ مُحْصَنًا لم يُحَدَّ بقذفِه.

وأمَّا اعتبارُ العِفَّةِ عن فعلِ الزِّنى: فلأنَّ مَن لا يَعِفُّ عن فعلِ الزِّنى لا يَلحَقُه شَيْنٌ بالقذفِ، والحدُّ يجِبُ بإلحاقِ الشَّيْنِ، ولأنَّ القاذفَ صادقٌ فلا يُحَدُّ على صدقِه.

---

(١) في (ل): «تبين».

(٢) تقدَّم تخريجه.



قال: ومَن نفَى نسبَ غيرِه، فقال: لستَ لأبيك. أو: يا ابنَ الزَّانيةِ. وأمُّه مَيِّتةٌ مُحْصَنةٌ، فطالَبَ الابنُ بحَدِّه حُدَّ القاذفُ.

وذلك لأنَّ النسبَ إنما يُنْفَى عن الأبِ إذا كانتِ الأمُّ زانيةً، فصار كقولِه: زَنَتْ أمُّك. فيكونُ قاذفًا.

وقد قالوا: كأن يجوزَ أن يُقالَ: إنَّ هذا القذفَ اسمٌ(1) مُشْتَبِهٌ؛ لأنه يحتمِلُ أن يَنْتَفِيَ النسبُ عن الأبِ إذا وُطِئتْ بِشُبْهةٍ أو بنكاحٍ فاسدٍ، فلا يَلزَمُه بذلك الحدُّ، إلا أنَّ الأُمَّةَ اجتمعَتْ على صِحَّةِ هذا القذفِ (2ووجوبِ الحدِّ به2)، وهذا هو الظاهرُ؛ لأنَّ الشَّتْمَ لا يُرادُ به إلا نفيُ النسبِ بالزِّنى دونَ الوطءِ بِشُبْهةٍ.

وأمَّا قولُه: يا ابنَ الزانيةِ. فهو صريحُ القذفِ، فيَجِبُ به الحدُّ إلا أنَّه لا بُدَّ مِن ثُبُوتِ إحصانِ الأمِّ؛ لأنَّ الحدَّ يجِبُ بقذفِ المحصنةِ، وذلك يَثبُتُ إمَّا بإقرارِ القاذفِ أو بالبيِّنةِ، فإنِ ادَّعَى القاذفُ أنَّ أُمَّه أمةٌ أو كافرةٌ أو غيرَ مُحْصَنةٍ فالقولُ قولُه، لأنَّ الحدَّ يجِبُ بالقذفِ الصحيحِ ولا يعلَمُ ذلك.

ولا يجوزُ أن يُرجَعَ في ذلك إلى ظاهرِ الحريةِ والإسلامِ؛ لأنَّ الظاهرَ لا يَسْتحِقُّ به حقًّا على الغيرِ، وإنما تُدفَعُ به الخصومةُ، فلم يَكُنْ بُدٌّ مِن إقرارِ القاذفِ أو البيِّنةِ على الإحصانِ، وإنما كان للابنِ المطالبةُ بالحدِّ؛ لأنَّ القذفَ حصَل بعدَ موتِها فأُلحِقَ الشَّيْنُ به، فكان الحقُّ له فيكونُ المطالبةُ إليه.

وقد قال أصحابُنا: إذا كان المقذوفُ بالزِّنى حيًّا فلا خصومةَ لأحدٍ غيرِه

(1) من (ض، م).

(2-2) ليس في (ي).



في الحدِّ حاضرًا كان أو غائبًا، وذلك لأنَّ الحدَّ يجِبُ بالشَّيْنِ الذي أُلحِقَ به وهذا حقٌّ له، فالمطالبةُ به مِن حقوقِه، ومَن ثبَت له حقٌّ لم يَقُمْ غيرُه مقامَه فيه إلا بِرِضاه[١].

قالوا: فإنْ ماتَ قبلَ أن يُطالِبَ به أو بعدَ ما طالَب، وقد ضُرِب القاذفُ بعضَ الحدِّ سقَط الحدُّ وبطَل ما بقِي منه، ولو كان سوطًا واحدًا، ولا يُورَثُ الحدُّ في القذفِ؛ لأنَّه حدٌّ فلا يُورَثُ كحدِّ الزِّنى، ولأنَّه حقٌّ ليس فيه معنى المالِ والوثيقةِ، فلا يقومُ الوارثُ فيه مقامَ المُورِّثِ، أصلُه الوصيةُ والمضاربةُ.

قال: ولا يُطالِبُ بحَدِّ القذفِ للمَيِّتِ إلَّا مَن يقعُ القَدْحُ في نسبِه بقذفِه.

وإنما كان كذلك لأنَّ الحدَّ لا يُورَثُ، وإنما يَثبُتُ للوارثِ ابتداءً بقذفِ الميِّتِ إذا لحِقه بذلك شَيْنٌ، فكلُّ[٢] مَن لا يَقْدَحُ ذلك في نسبِه لا يلحَقُه شَيْنٌ؛ ألَا ترى أنَّ العمَّ والأخَ لا ينقطِعُ نسبُهما بقذفِ[٣] الأخِ وابنِ الأخِ، فلم يَثبُتْ لهما الحدُّ، وليس كذلك الآباءُ والأبناءُ؛ لأنَّ القذفَ يقدَحُ في نسبِهم؛ ألَا ترى أنَّه إذا قذَف أباه أو أمَّه كان[٤] ذلك قطعًا لنسبِه منهما، وقطعًا لنسبِ أولادِه ⁽٥⁾أيضًا منهما⁽٥⁾، فيَثبُتُ له ولأولادِه المطالبةُ.

وقد قال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: تَثبُتُ المطالبةُ أيضًا لولدِ البنتِ؛ لأنَّه ينقطعُ

(١) في (ي): «أن يرضاه». وينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤٥).

(٢) في (ي): «فكان».

(٣) في (ي): «بقدح».

(٤) في (ي): «على أن».

(٥-٥) في (ي): «فصار متَّهمًا».



نَسَبُهم مِن جهةِ الأمِّ، فصار كانقطاعِه مِن جهةِ الأبِ فلحِقهم الشَّيْنُ بذلك[1].

وقال محمدٌ: ليس لولدِ البنتِ المطالبةُ؛ لأنَّ الأنسابَ[2] إنما هي للآباءِ، فانقطاعُه مِن جهةِ الأمِّ لا يلحَقُ[3] به شَيْنٌ.

قال: وإن كان المقذوفُ محصنًا جاز لابنِه[4] الكافرِ والعبدِ أن يُطالِبَ بالحدِّ.

وذلك لأنَّ الشَّيْنَ يلحَقُه بقطعِ[5] نسبِه عن أبيه كما يلحَقُ بالحُرِّ[6] المسلمِ، فتَثبُتُ له المطالبةُ، فإنْ قيل: الابنُ العبدُ والكافرُ لو قُذِف في نفسِه لم تَثبُتْ له المطالبةُ، فبقذفِ غيرِه أَوْلَى أن لا يَثبُتَ له.

قيل له: قذفُ غيرِه قذفٌ صحيحٌ، فتَتعلَّقُ به المطالبةُ بالحدِّ، وقذفُه في نفسِه ليس بقذفٍ صحيحٍ، فلذلك لم يَتعلَّقْ به حدٌّ.

قال: وليس للعبدِ أن يُطالِبَ مَوْلاه بقذفِ أمِّه الحرَّةِ.

وذلك لأنَّ العبدَ لا يملِكُ ذلك مِن مَوْلاه كما لا يملِكُ سائرَ الحقوقِ؛ ألَا تَرى أنَّه لو قتَله لم يُقتَلْ به، وعلى هذا أيضًا قالوا: ليس للولدِ المطالبةُ بالحدِّ

---

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ١١٣)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٣٩١)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٥٩)، و«البناية» (٦/ ٣٦٨).

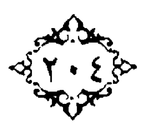
(٢) من (ر، ل): «الإنسان».

(٣) في (م): «يلحقهم»، وفي (ي): «يلحقه». وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٩٤)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٠٢).

(٤) في (ق): «لأبيه».

(٥) في (ي): «فينقطع».

(٦) ليس في (ر، ي).



إذا كان القاذفُ أباه أو جدَّه وإنْ عَلا، ولا أمَّه ولا جدتَه وإنْ عَلَتْ.

وكذلك إنْ قذَفه أحدٌ في نفسِه مِن هؤلاء؛ لأنَّ الابنَ مأمورٌ بتعظيمِ أبيه وممنوعٌ مِن إلحاقِ الضَّررِ به؛ ألَا ترى إلى قولِه تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وإلحاقُ الضَّررِ بإقامةِ الحدِّ أكثرُ مِن ذلك فمُنِع منه.

قال: وإنْ أقرَّ بالقذفِ، ثُمَّ رجَع لم يُقبَلْ رُجُوعُه.

وذلك لأنَّه لمَّا أقرَّ بالقذفِ أُلحِق الشَّيْنُ بغيرِه، وأُثبِتَ لغيرِه حقًّا عليه، ويريدُ إسقاطَ ذلك الحقِّ برُجُوعِه فلا يُقبَلُ.

قال: ومَن قال لعربيٍّ: يا نَبَطِيُّ. لم يُحَدَّ.

وذلك لأنَّ هذا يُذكَرُ ولا يُرادُ به النَّسبُ[1]، وإنما يُرادُ به الشَّبَهُ في الأخلاقِ والطِّباعِ، فلم يلزَمْ به الحدُّ.

قال: ومَن قال لرجلٍ: يا ابنَ ماءِ السماءِ. فليس بقاذفٍ.

لأنَّ هذا لا يُذكَرُ على وجهِ القذفِ والسَّبِّ، وإنما تَذكُرُه العربُ على وجهِ المدحِ، فلم يلزَمْ به الحدُّ.

وقد قالوا: لو قال: لستَ بابنِ فلانٍ، الذي تُدْعَى له. حُدَّ؛ لأنَّه لا وجهَ لهذا إلا النَّسَبَ إذا كان في غضبٍ، فإنْ كان في غيرِ غضبٍ؛ فيَحْتمِلُ السَّبَّ، ويحتمِلُ

---

(١) ليس في (ض)، وفي (ج، ح، س، ش، ظ، ع، غ): «السب»، وفي (ض٢): «الشين»، وفي (ي): «أب».



أنَّه لا يُشبِهُه[1] في أخلاقِه، فلا يجِبُ الحدُّ بالشَّكِّ.

قال: وإذا نسَبه إلى عمِّه، أو إلى خالِه، أو زوجِ أمِّه فليس بقاذفٍ.

وذلك لأنَّ العمَّ يُسَمَّى أبًا؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿نَعۡبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ﴾[البقرة: ١٣٣]، فسَمَّى العمَّ أبًا، وعن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «الخالةُ والدةٌ»[2]. فيقْتضِي أنْ يكونَ الخالُ والدًا، وزوجُ الأمِّ أيضًا يُسَمَّى أبًا، وقيل في تفسيرِ قولِه تعالى: ﴿إِنَّ ٱبۡنِي مِنۡ أَهۡلِي﴾[هود: ٤٥]: إنَّه كان ابنَ امرأتِه[3]، وإذا كان يُسَمَّى بذلك في العادةِ لم يَكُنْ قذفًا، فلا يجِبُ به الحدُّ.

قال: ومَن وطِئ وطئًا حرامًا في غيرِ مِلْكِه لم يُحَدَّ قاذفُه.

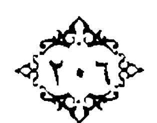
وهذا الذي ذكَره مثلَ أن يَتزوَّجَ امرأةً نكاحًا فاسدًا مُجمَعًا على فسادِه وهو يعلَمُ أو لا يعلَمُ، أو يطَأَ جاريةً مشتركةً، أو يَشْترِيَ جاريةً فيطَأَها، ثُمَّ تَستحِقَّ وهو لا يعلَمُ أنَّها لغيرِ البائعِ، أو يَطَأَ بنكاحٍ، ثُمَّ يعلَمَ أنَّ المرأةَ ممن لا يَحِلُّ له نكاحُها.

---

(١) في (ي): «يشبه».

(٢) أخرجه أحمد (٧٧٠) من حديث علي. وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٤٠٠) من حديث ابن مسعود. وأخرجه البخاري (٢٦٩٩، ٤٢٥١) من حديث البراء بن عازب، بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم».

(٣) قال في حاشية (ح): «وكان اسمه كنعان، وقيل: يام. وقرأ عليٌّ كرم اللَّه وجهه: {ونادى نوح ابنها}. واستدل الحسن البصري على ذلك بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱبۡنِي مِنۡ أَهۡلِي﴾[هود: ٤٥] ولم يقل: مني. ولنسبته إلى أمه وجهان: أحدهما: أن يكون ربيبًا له كعمر بن أبي سلمة لرسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. والثاني: أن يكون لغير رشدة، وهذه غضاضة عصمت منها الأنبياء عَلَيْهِمُ السَّلَامُ. كشاف». وينظر: «تفسير الكشاف» (٢/ ٣٩٦).



وهذا مُسْتمِرٌّ على قولِهم في كلِّ وطءٍ حرامٍ في غيرِ مِلْكٍ؛ إنَّ الحدَّ يَسقُطُ عن قاذفِه، إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي: المجوسيُّ إذا تزوّج بأُمِّهِ، ثُمَّ أسلَم فقذَفه قاذفٌ، حُدَّ عندَ أبي حنيفةَ

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يُحَدُّ[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه عقدٌ يُعْتقَدُ إباحتُه ويُقَرُّ[2] عليه، فصار كالنّكاحِ الصحيحِ.

وجهُ قولِهما: أنَّه عقدٌ محرَّمٌ بالإجماعِ، فأشبَه عقدَ المسلمِ على ذواتِ محارمِه، وما سِوى هذه المسلمةِ، فالحدُّ يَسقُطُ عن القاذفِ؛ لأنَّه وطءٌ حرامٌ في غيرِ مِلْكٍ، وذلك يُشبِهُ الزِّنى، فإذا قذَفه قاذفٌ جاز أن يَشْتبِهَ الأمرُ عليه، وهي شُبْهةٌ تَسْتنِدُ إلى سببٍ صحيحٍ، فأثَّرتْ في إسقاطِ الحدِّ عن القاذفِ.

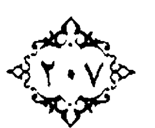
ولم يذكُرْ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا وطِئ وطئًا حرامًا في مِلْكِه، ثُمَّ قذَفه قاذفٌ، وذلك يكونُ على وُجُوهٍ:

أحدُها: أن يكونَ التحريمُ عارضًا مثلَ وطءِ الحائضِ، والنُّفَساءِ، والأمةِ المُزوَّجةِ، والمُكاتَبةِ، والحُرَّةِ التي ظاهَر منها، أو لزِمَتْها العِدَّةُ، فهذا لا يُسقِطُ الحدَّ عن القاذفِ؛ لأنَّه تحريمٌ عارضٌ في المِلْكِ، فصار كوطءِ زوجتِه المريضةِ التي تَسْتضِرُّ بالوطءِ، وكوطءِ الصائمةِ، ولا خلافَ في هذه الجملةِ بينَ أصحابِنا

---

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٢٠)، و«المبسوط» (٩/ ١١٧)، و«الهداية» (٢/ ٣٥٩)، و«العناية» (٥/ ٣٣٨).

(٢) في (ي): «هو».



إلا في المكاتبةِ؛ فإنَّ زفرَ قال فيها: لا حدَّ فيه. وعن أبي يوسفَ فيها روايتانِ[١].

وجهُ قولِهم: أنَّه تحريمٌ عارضٌ في المِلْكِ كالحيضِ والإحرامِ.

وجهُ قولِ زفرَ، وهو إحدَى الرِّوايتَيْن عن أبي يوسفَ: أنَّ مِلْكَه زالَ عن وطئِها بدلالةِ أنَّه يجِبُ لها المهرُ عليه، فصار كالوطءِ في غيرِ مِلْكٍ.

والثاني: أن يكونَ التحريمُ في المِلْكِ مُؤَبَّدًا مثلَ وطءِ ذواتِ المحارمِ، فقد ذكِر في «الأصلِ»: أنَّ الحدَّ يَسقُطُ عن القاذفِ[٢]. وذكَر الشيخُ أبو الحسنِ[٣]: أنَّه لا يُسقِطُ الحدَّ.

وجهُ ما ذكَره في «الأصلِ»: أنَّه وطءٌ مُحرَّمٌ على التأبيدِ فصار كالزِّنى.

وجهُ ما ذكَره أبو الحسنِ[٣]: أنَّه وطِئ في مِلْكٍ فمُقارَنةُ التحريمِ فيه لا تُسقِطُ الإحصانَ، أصلُه إذا وطِئ أمتَه المزوَّجةَ.

الثالثُ: أنْ يكونَ التحريمُ يُشبِهُ المؤبَّدَ مِن وجهٍ، ويُشبِهُ العارضَ مِن وجهٍ، مثلَ مَن قَبَّلَ امرأةً بشَهْوةٍ، أو نظَر إلى فرجِها بشهوةٍ، ثُمَّ تزوَّج بابنتِها فوطِئها، قال أبو حنيفةَ: لا يسقطُ الحدُّ عن قاذفِه. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَسقُطُ الحدُّ[٤].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ هذا الوطءَ مُختلَفٌ في تحريمِه بينَ السلفِ، وليس فيه نصٌّ يَقْتضِي التحريمَ، ويجوزُ أن يُباحَ بحُكْمِ حاكمٍ، فصار كالتحريمِ العارضِ.

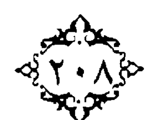
---

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١١٦)، و«الهداية» (٢/ ١١٥)، وما تقدَّم في كتاب المكاتب.

(٢) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٠٢، ٢٠٣).

(٣) في (ر، س، ظ): «أبو الحسين».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٢٩)، و«المبسوط» (٩/ ١١٧)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٦٧)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٥).



ووجهُ قولِهما: أنَّ هذا التحريمَ مُؤبَّدٌ، فصار كوطءِ الابنةِ والأختِ.

وكان الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ الرازي يقولُ: لا خلافَ بينَهم أنَّ مَن زنَى بامرأةٍ، ثُمَّ تزوَّج بابنتِها، فوطِئها أنَّ الحدَّ يَسقُطُ عن قاذفِه، وإنْ كان الخلافُ في مسألةِ القُبْلةِ والوطءِ سواءً، وإنما افترَقا؛ لأنَّ التحريمَ بالوطءِ فيه نصٌّ، وهو قولُه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقولُه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] والنِّكاحُ هو الوطءُ، فلذلك اختلَفا[١].

قال: والمُلاعِنةُ بولدٍ لا يُحَدُّ قاذفُها.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ. وقال أبو يوسفَ: يُحَدُّ[٢].

وجهُ قولِهما: أنَّها تُشبِهُ الزَّانيةَ في ثُبُوتِ نسبِ[٣] ولدٍ منها لا أبَ له، فصار ذلك شُبْهةً في سقوطِ الحدِّ عن قاذفِها، يُبيِّنُ ذلك أنَّ الوطءَ بِشُبْهةٍ يمنَعُ وُجُوبَ الحدِّ عن قاذفِها لمَّا أشبَه الزِّنى، كذلك هذا.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنها مُحصَنةٌ قبلَ لعانِ الزوجِ، فلا يُصَدَّقُ الزوجُ في إسقاطِ إحصانِها بقولِه ولعانِه، فتَبْقَى على إحصانِها، ويُحَدُّ قاذفُها كما لو لاعَنها بغيرِ ولدٍ.

قال: ومَن قذَف أَمَةً، أو عبدًا، أو كافرًا بالزِّنى، أو قذَف مسلمًا بغيرِ الزِّنى، فقال: يا فاسقُ. أو: يا كافرُ. أو: يا خبيثُ. عُزِّرَ.

---

(١) ينظر: «أحكام القرآن» (٢/ ١٣٣) (٤/ ٨٢) (٥/ ١٠٨).

(٢) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٢٥٨)، و«المبسوط» (٩/ ١٢٧)، و«الاختيار» (٤/ ١٠٠).

(٣) ليس في (ر، م، ي).



وذلك لأنَّ العبدَ، والأمَةَ، والكافرَ ليس بمُحصَنٍ، وقذفُ مَن ليس بمُحْصَنٍ لا يُوجِبُ الحدَّ؛ وإنما لزِمه التعزيرُ؛ لأنَّه قد ألحَقَ به الشَّيْنَ فيُعاقَبُ على ذلك، وأقلُّ العقوباتِ التعزيرُ.

وكذلك إذا قال له: يا فاسقُ. وما أشبَه ذلك؛ لأنه قد ألحَق به الشَّيْنَ بما دونَ الزِّنى فيُعَزَّرُ.

وقد قالوا: لو كان الرجلُ يُرْمَى بذلك لم يلزَمْه الحدُّ؛ لأنَّه إذا كان على هذه الصِّفةِ لم يَلحَقْ به الشَّيْنُ، فلا تلزَمُه العقوبةُ ولا التأديبُ.

قال: وإنْ قال له: يا حمارُ. أو: يا خنزيرُ. لم يُعَزَّرْ.

وذلك لأنَّه كاذبٌ في قولِه، فلا يلحَقُه بذلك شَيْنٌ، فلا تجِبُ به عقوبةٌ.

قال: والتَّعزيرُ أكثرُه تسعةٌ وثلاثون سوطًا، وأقلُّه ثلاثُ جلداتٍ. وقال أبو يوسفَ: يَبلُغُ بالتعزيرِ خمسةً وسبعينَ سوطًا[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وزفرَ: ما روِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنَّه قال: «مَن بلَغ حدًّا في غيرِ حَدٍّ فهو مِن المُعْتَدِين»[2]..........................

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٠٥)، و«الهداية» (٢/ ١١٧)، و«العناية» (٥/ ٣٤٨).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢١/ ١٥٣) (١٩٧)، وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٢٦٦)، والبيهقي (٨/ ٣٢٧) من طريق مسعر، عن خاله الوليد بن عثمان، عن النعمان بن بشير. وفي رواية البيهقي: الوليد بن عبد الرحمن.

وأخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» (٦٠٧)، والبيهقي (٨/ ٣٢٧) من طريق مسعر، عن الوليد بن عثمان، عن الضحاك بن مزاحم مرسلًا. قال البيهقي: «والمحفوظ هذا الحديث مرسل». =



وروَى أبو بُرْدةَ بنُ نيارٍ[1]، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يُجلَدُ أكثرُ مِن عشرِ جَلْداتٍ إلا في حَدٍّ مِن حدودِ اللَّهِ تعالى»[2]. ولأنَّ الأربعينَ حدٌّ كاملٌ، فلم يَجُزِ استيفاؤُه على وجهِ التعزيرِ، أصلُه القطعُ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما روِي عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: «في التعزيرِ خمسةٌ وسبعون سوطًا[3]». فاعتبَر أدنى الحدودِ ونقَص منه خمسةً.

وقد روَى ابنُ سماعةَ، عن أبي يوسفَ: أنَّه على قدرِ ما يراه الإمامُ في كلِّ نوعٍ، فيُعْتَبرُ كلُّ شيءٍ بما يَقرُبُ منه، فالقذفُ بغيرِ الزِّنى يُعتَبرُ بحَدِّ القذفِ، وشُرْبُ غيرِ الخمرِ يَقرُبُ مِن شُرْبِ الخمرِ، والوطءُ فيما دونَ الفرجِ يَقرُبُ مِن الزِّنى، حتى يُعْتَبَرَ كلُّ شيءٍ بنوعِه[4].

قال: فإنْ رأى الإمامُ أن يَضُمَّ إلى الضَّرْبِ في التَّعزيرِ الحبسَ فعَل.

وذلك لأنَّ الغرضَ الزجرُ عن مثلِ ما فعَل، فإذا كان لا يحصُلُ إلا بالحبسِ مع الضربِ ورآه الإمامُ مصلحةً جاز، كما يجوزُ له أن يَنقُصَ مِن الضربِ ويزيدَ.

قال: وأشدُّ الضَّرْبِ التَّعزيرُ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنى، ثُمَّ حَدُّ الشُّربِ، ثُمَّ حَدُّ القذفِ.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٣): «المعتدون: الخارجون عن الأوضاع الشرعية».

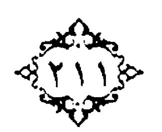
(١) في (ج): «دينار»، وفي (ل): «بنان»، وفي (م): «سنان».

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٤٨)، ومسلم (١٧٠٨).

(٣) ليس في (ي).

وينظر: «الإشراف» لابن المنذر (٢/ ٩٢٩)، و«نصب الراية» (٣/ ٣٥٤)، و«الدراية» (٢/ ١٠٧).

(٤) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٠٥)، و«الهداية» (٢/ ١١٧).



وقد بَيَّنَّا ذلك في حدِّ الزِّنى.

قال: ومَن حَدَّه الإمامُ أو عَزَّرَه فماتَ فدمُه هَدْرٌ.

أمَّا الحدُّ: فمُجمَعٌ عليه، ولأنه لو لزِمه الضَّمانُ بتَصَرُّفِه لم يُنفَذْ قولُه فيه كما يَسْتوفِيه لنفسِه.

وأمَّا التعزيرُ: فقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: يلزَمُه الضَّمانُ. وفي قولٍ آخرَ: في بيتِ المالِ(١).

لنا: أنها عقوبةٌ يَسْتوفِيها الإمامُ بالولايةِ على المسلمين، فلا تكونُ مضمونَةً عليه كالحدِّ، أو عقوبةٌ يَسْتوفِيها لإزالةِ الفسادِ عن دارِ الإسلامِ فصار كالحدودِ.

فإن قيل: ضربُ آدميٍّ غيرُ مُقَدَّرٍ وضِع لاستصلاحِ المضروبِ، فوجَب أن يكونَ في غيرِ حقِّه، أصلُه ضربُ الرجلِ امرأتَه وابنَه.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أنَّه غيرُ مُقَدَّرٍ؛ لأنَّ أقلَّه مُقَدَّرٌ عندَنا بثلاثةٍ وأكثرَه بتسعةٍ وثلاثين، فأمَّا ضربُ الرجلِ امرأتَه فإنَّه يَسْتوفِيه لمنفعةِ نفسِه، وكذلك ضربُ الابنِ يَسْتوفيه الأبُ لمنفعتِه ومنفعةِ الصبيِّ؛ ألَا ترَى أنَّ منفعتَه تعودُ إلى الأبِ، فلذلك كان مضمونًا عليه، وليس كذلك التعزيرُ، لأنَّ الإمامَ يَسْتوفِيه لمنفعةِ المسلمين فصار كالحدِّ.

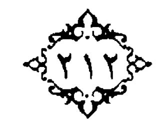
قال: وإذا حُدَّ المسلمُ في القذفِ سقَطتْ شهادتُه وإن تابَ.

وقال الشافعيُّ: تُقبَلُ إذا تابَ(٢).

---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ١٦٧)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٣٤٥).

(٢) ينظر: «نهاية المطلب» (١٧/ ١٠٥)، و«البيان» (١٣/ ٣١٧).



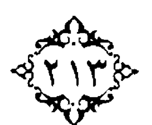
لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤]، ولو اقتصر على قولِه: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً﴾ اقتضى أن لا تُقبَلَ شهادتُه، فلا بُدَّ أن يكونَ لقولِه: ﴿أَبَدًا ۚ﴾ فائدةٌ، وليس ذلك إلا أن لا تُقبَلَ بعدَ التوبةِ.

ولأن اللَّهَ تعالى لو رَدَّ شهادتَه لأجلِ الفسقِ لاقتَصر على ذكرِ الفسقِ؛ لأنَّه يُنبِئُ عن ردِّ الشهادةِ، فلمَّا مُنِع مِن قبولِ شهادتِه، ثُمَّ ذكِر الفسقُ دلَّ على أنَّ ردَّ شهادتِه لا تَتعلَّقُ بالفسقِ، ولأنه لو تعلَّق بالفسقِ لقال: وأولئك هم الفاسقون، ولا تقبَلوا لهم شهادة أبدًا. فلمَّا أخَّر ذكرَ الفسقِ دلَّ على أن ردَّ شهادتِه تتعلَّقُ بغيرِ الفسقِ.

فأمَّا قولُه تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور:٥]. فإنَّه عائدٌ إلى قولِه: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور:٤] دونَ غيرِه[1]؛ لأنَّ الاستثناءَ بمنزلةِ التخصيصِ؛ ألَا ترى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يخرجُ مِن الكلامِ ما لولاه لدخَل فيه، والتخصيصُ يعودُ إلى ما يَليه كذلك الاستثناءُ.

ولأنَّ قولَه تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ أمرٌ، وقولَه: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ﴾ نهيٌ، وقولَه: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ خبرٌ، والكلامُ متى اشتَمل على أمرٍ ونهيٍ وخبرٍ، ويَعقُبُه استثناءٌ عاد إلى الخبرِ دونَ غيرِه، كما لو قال: أعطِ بني تميمٍ، ولا تُعْطِ بني عقيلٍ؛ فإنهم أعدائي إلا زيدًا. كان تقديرُه: إلا زيدًا فإنَّه ليس بعَدُوِّي، ولا

(١) قال في حاشية (ح): «وعند الشافعي عائد إلى قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً﴾ [النور: ٤]، وحق المستثنى عنده أن يكون مجرورًا بدلًا من (هم) في (لهم)، وحقه عند أبي حنيفة أن يكون منصوبًا؛ لأنه عن موجبٍ. كاف».



يصيرُ تقديرُه: إلا زيدًا فلا تُعْطِه، كذلك في مسألتِنا.

فإن قيل: قولُه تعالى: ﴿وَلَا نَقْبَلُوا﴾ حكمٌ، وقولُه: ﴿وَأُوْلَتَيِكَ هُمُ ٱلْفَسِقُونَ﴾ عِلَّةٌ[1]، وقد بيَّنَّا أنَّ الاستثناءَ إذا تعقَّب العِلَّةَ والحكمَ انصرَف إلى الحكمِ.

قيل له: قولُه: ﴿وَأُوْلَتَيِكَ هُمُ ٱلْفَسِقُونَ﴾ خبرٌ، وقد بيَّنَّا أنَّ الاستثناءَ مِن حكمِه أن يعودَ إلى الخبرِ دونَ غيرِه، ولِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا تُقبَلُ شهادةُ خائنٍ، ولا خائنةٍ، ولا مجلودٍ في فِرْيةٍ»[2]. وهو عامٌّ.

ولِما روِي: «أنَّ هلالَ بنَ أُمَيَّةَ لمَّا قذَف زوجتَه، قالت الأنصارُ: الآنَ يُجلَدُ هلالٌ وتَبطُلُ شهادتُه في[3] المسلمين»[4]. فعلَّقوا ردَّ الشهادةِ بإقامةِ الحدِّ عليه،

(١) في (ي): «خبر».

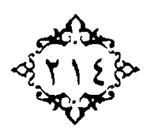
(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٩٨)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٨٦٦)، والدارقطني (٤٦٠٢)، والبيهقي (١٠/ ١٥٥) من طريق يزيد بن زياد، ويقال: ابن أبي زياد، الدمشقي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة. قال الترمذي: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف في الحديث، ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه». وقال أبو زرعة، كما في «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٤٢٨): «هذا حديث منكر». وقال الدارقطني: «يزيد هذا ضعيف لا يحتج به».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٤): «الخائن والخائنة: الخيانة خلاف الأمانة، وهي تدخل في أشياء سوى المال، قال أبو عبيد: لا نراه خص به الخيانة في أمانات الناس، دون ما افترض الله على عباده وائتمنهم عليه، فإنه قد سمى ذلك أمانة، فقال: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓا أَمَنَنَتِكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٧]. فمن ضيع شيئًا مما نهى الله عنه، فليس ينبغي أن يكون عدلًا». ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد (١/ ٣٦٣- ٣٦٥).

وقال: «محدود في فرية: أي في قذف، فإنه لما لم يأت بالشهداء، كان كاذبًا بما نطق به النص».

(٣) في (ي): «على».

(٤) أخرجه الطيالسي (٢٧٨٩)، وأحمد (٢١٣١)، وأبو يعلى (٢٧٤٠) من حديث ابن عباس.



وقد روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك، ولأنَّه حكمٌ يَتعلَّقُ بالقذفِ لحقِّ الآدميِّ، فلا يَسقُطُ بالتوبةِ، أصلُه الجلدُ.

فإن قيل: قذفُه لغيرِه بالزِّنى لا يكونُ بآكدَ مِن زِناه، ولو تابَ بعدَ ما زنَى وحُدَّ قُبِلتْ شهادتُه فهاهنا أَوْلى.

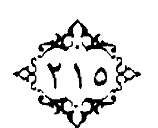
قيل له: إذا زنَى، ثُمَّ تابَ ارتَفع المعنى الموجِبُ لردِّ الشهادةِ بالتوبةِ وهو الفِسْقُ، وفي مسألتِنا الموجِبُ لرَدِّ الشهادةِ هو الجلدُ، وذلك لا يرتفعُ قطُّ، فلذلك لم تُقبَلْ شهادتُه.

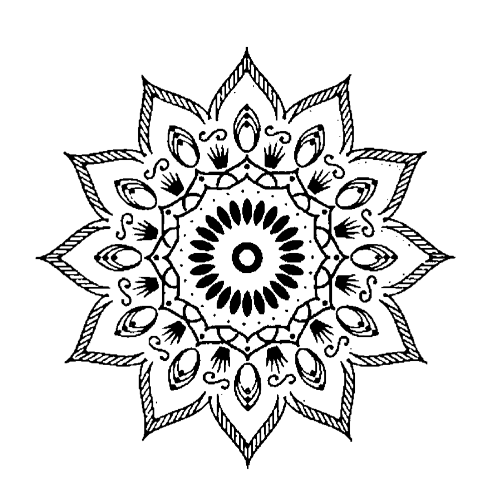
قال: وإنْ حُدَّ الكافرُ في القذفِ، ثُمَّ أسلَم قُبِلتْ شهادتُه.

وذلك لأنَّ الإسلامَ يُجدِّدُ للكافرِ عدالةً لم تَكُنْ موجودةً حالَ الجلدِ، وهي عدالةُ الإسلامِ، فلا تَبطُلُ بإقامةِ الحدِّ لاستحالةِ أن تَبطُلَ قبلَ وُجودِها، وإذا تجدَّدتْ له عدالةٌ لم تَكُنْ قُبِلتْ شهادتُه.

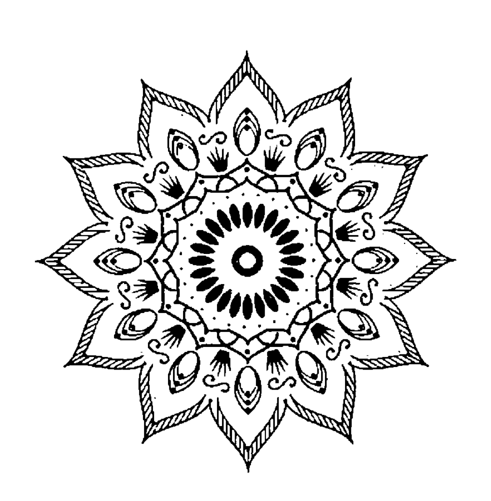
والله أعلم(١)

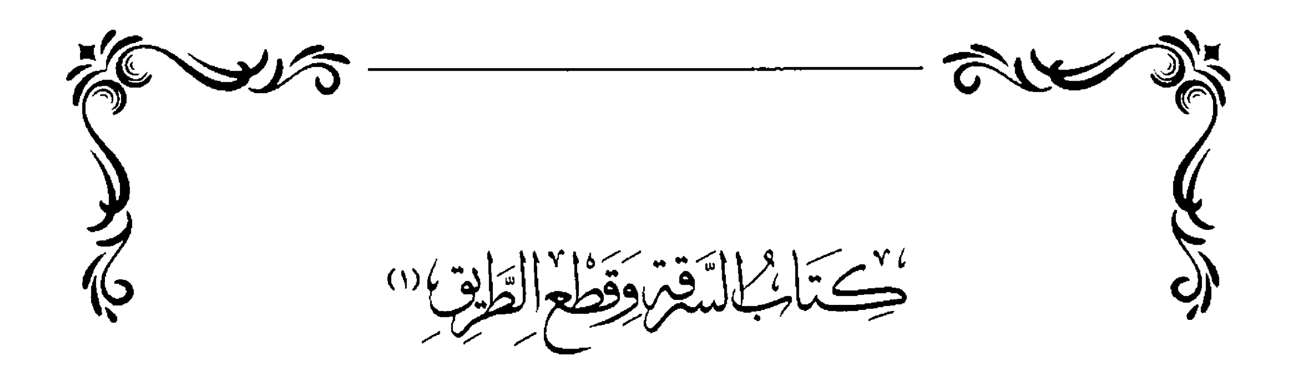
(١) قال في (م): «آخر الجزء الثالث من شرح القدوري، يتلوه الجزء الرابع كتاب السرقة وقطاع الطرق. غفر اللّه لكاتبه ومالكه وجميع المسلمين». وهنا انتهت هذه النسخة، وهو آخر ما تيسر لي الوقوف عليه من هذه النسخة المباركة.





كِتَابُ السَّرِقَةِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ





كتاب السرقة وقطع الطريق(1)

السَّرِقةُ عبارةٌ عن أخذِ المالِ على وجهِ الاستخفاءِ؛ فإنْ كان على غيرِ وجهِ الاستخفاءِ سُمِّي نَهْبًا وخِلْسةً.

والأصلُ في وُجُوبِ القطعِ على السارقِ قولُه تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]. وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ البَيْضةَ فتُقطَعُ يدُه»(2).

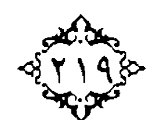
قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **إذا سرَق البالغُ العاقلُ عَشَرةَ دراهمَ، أو ما قيمتُه عَشَرةُ دراهمَ مضروبةً أو غيرَ مضروبةٍ مِن حِرْزٍ لا شُبْهةَ فيه، وجَب عليه القطعُ.**

---

(1) «وقطع الطريق» ليس في (ي)، وفي (أ٢، ش، ض٢، غ، ل، ونسخة مختصر القدوري، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «وقطاع الطريق».

(2) أخرجه البخاري (٦٧٨٣، ٦٧٩٩)، ومسلم (١٦٨٧) من حديث أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٥): «يسرق البيضة: أي بيضة الدجاجة ونحوها، لأنه موضع تقليل، وفسر بالخوذة، وأنكر على قائله. قال القتيبي: الحديث على ظاهر ما نزل عليه القرآن في ذلك الوقت، ثم أعلم اللَّه بعد بنصاب ما يجب فيه القطع، حتى يحمل على بيضة الحديد، وحبل السفينة، كما قال يحيى بن أكثم، وإنما هو تعبير بذلك، وتنفير عنه على ما هو مجرى العادة، مثل أن يقال: لعن اللَّه فلانًا؛ تعرض للقتل في حبل ورث، وكبة صوف. وليس من عادتهم أن يقولوا: قبح اللَّه فلانًا؛ عرض نفسه للضرب في عقد جوهر، أو جراب مسك. وهذا ظاهر». ينظر: «النهاية» (١/ ١٧٢).



أَمَّا اعتبارُ العقلِ والبلوغ: فلأنَّ القطعَ عقوبةٌ، والعقوبةُ لا تَثبُتُ إلا في حقِّ المُكَلَّفِ، ولم يُوجَدِ التكليفُ في حقِّ الصبيِّ والمجنونِ.

وأمَّا اعتبارُ المقدارِ في القطعِ: فلِما رُوِي: أنَّ رجلًا جاء إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: يا رسولَ اللَّهِ، كيف ترَى في حريسةِ الجبلِ[1]؟ فقال: «هي ومِثْلُها والنَّكَالُ، فإذا جمَعها المُرَاحُ، قُطِع اليدُ فيما يَبلُغُ ثمنَ المِجَنِّ»[2].

ولأنَّ الحدَّ يجِبُ بالمقصودِ مِن كلِّ نوعٍ؛ ألَا ترى أنَّ حدَّ الزِّنى يجِبُ بالوطءِ في الفرجِ، وحدَّ القذفِ يجِبُ بالقذفِ بالزِّنى خاصةً، فكذلك في السَّرقةِ يجِبُ

(١) في (ر): «الخيل».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٥، ٢٤٦): «حَرِيْسَة الجبل بالحاء المهملة، والراء المهملة، والياء آخر الحروف، والسين المهملة، والتاء، والجبل بالجيم، والباء، واللام: قال في المغرب: هي الشاة المسروقة مما يحرس في الجبل. وقيل: هو من قولهم للسارق: حارس على طريق التعكيس. قلت: فعلى الأول يكون المراد: ليس فيما يحرس بالجبل إذا سرق قطع؛ وتكون الحريسة فعيلة بمعنى مفعولة، أي: أنَّ لها من يحرُسُها ويحفظُها. وعلى الثاني يكون المراد: السرقة نفسها؛ أي: ليس فيما يُسرق من الجبل قطع. قال شمر: ويقال للشاة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مراحها: حريسة. والاحتراس: أن يسرق الشيء من المرعى». ينظر: «النهاية» (١/ ٣٦٧)، و«المغرب» (١/ ١٩٦).

(٢) أخرجه النسائي (٤٩٥٩)، والدارقطني (٤٥٧٠)، والحاكم (٤/ ٣٨١)، والبيهقي (٤/ ١٥٢)، (٨/ ٢٧٨) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وينظر: «البدر المنير» (٨/ ٦٥٣- ٦٥٦).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٦): «المُرَاح بضم الميم: موضع مبيت الماشية». وقال: «المِجَنّ بكسر الميم، وفتح الجيم، وآخره نون: الترس، والميم زائدة؛ لأنه من الجَنّ، بمعنى الستر».



القطعُ (١)في المقصودِ بها(١)، والقَدْرُ اليسيرُ ليس بمقصودٍ بالسَّرقةِ، فلا يجِبُ فيه القطعُ.

واختَلفوا في المقدارِ الذي يجِبُ فيه القطعُ؛ فقال أصحابُنا: لا يجِبُ القطعُ في أقلَّ مِن عشَرةِ دراهمَ، أو ما قيمتُه عشَرةُ دراهمَ(٢).

وعن أبي هريرةَ، وأبي سعيدٍ الخدريِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «فيما قيمتُه أربعونَ(٣)». وعن عكرمةَ: «أربعةُ أواقٍ»(٤).

وقال مالكٌ: «ثلاثةُ(٥) دراهمَ». وعن الحسنِ البصريِّ: «يُقطَعُ في القليلِ والكثيرِ». وهو قولُ الخوارجِ(٦).

وقال الشافعيُّ: رُبُعُ دينارٍ أو ما قيمتُه رُبُعُ دينارٍ(٧).

دليلُنا: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا يُقطَعُ السَّارقُ إلا في

(١-١) ليس في (ر، ع، ل)، وفي (ض): «بها».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٣٧)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٩٢).

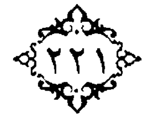
(٣) في (أ، ج، ح، س، ع، ق، ل، ي): «أربعين». وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٦٧٧)، وابن المنذر (٩٠١٨) من طريق داود بن فراهيج، أنه سمع أبا هريرة، وأبا سعيد الخدري، يقولان: «لا تقطع اليد إلا في أربعة دراهم فصاعدًا».

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٦٧٦) عن عبد الوهاب الثقفي، عن خالد، عن عكرمة، قال: «تقطع اليد في ثمن المجن، قال: قلت: ذكر لك ثمنه؟ قال: أربعة، أو خمسة».

(٥) في (ج، س، غ، ق، ي): «ثلاثين»، وفي (ر، ض، ع، ل): «ثلاثون». وينظر: «المقدمات الممهدات» (ص٨٢٢)، و«المدونة» (٤/ ٥٢٦)، و«النوادر والزيادات» (١/ ٣٧٤).

(٦) ينظر: «إكمال المعلم» (٥/ ٤٩٩)، و«المفهم» (٥/ ٧٣).

(٧) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٧٣)، و«الإقناع» (ص١٧١)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٠٤)، و«التنبيه» (ص٢٤٥).



ثمنِ المِجَنِّ[1]». ورويَ مِن طُرُقٍ مختلفةٍ؛ رواه عامرُ بنُ سعدٍ، عن أبيه[2]. وعمرُو ابنُ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه[3]. وعائشةُ[4].

ولا بُدَّ أن يكونَ المرادُ به مِجَنًّا[5] مُعَيَّنًا؛ لأنَّه ذكَره بالألفِ واللامِ، وذلك يَقْتضِي التعريفَ، ولأنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخرَج الكلامَ مخرجَ التقديرِ وبيانَ النِّصابِ، ولا يجوزُ أن يُقَدَّرَ ذلك بمُختلِفٍ لا يُقَدَّرُ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ أراد مِجَنًّا[6] بعينِه.

وقد اختَلف السَّلفُ في قيمتِه؛ فروَى عطاءٌ، عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: «كان قيمةُ المِجَنِّ[7] الذي قطَع فيه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عشَرةَ دراهمَ»[8].

---

(١) في (ي): «المحجن».

(٢) أخرجه أحمد (١٤٥٥)، وابن ماجه (٢٥٨٦)، وأبو يعلى (٧٩٩)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٦٣) من طريق أبي واقد الليثي، عن عامر بن سعد، عن أبيه. قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣/ ١١١): «فيه أبو واقد واسمه صالح بن محمد بن رائدة الليثي وهو ضعيف».

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) في (أ٢، ج، ح، غ، ي): «عن عائشة».

والحديث أخرجه البخاري (٦٧٩٤)، ومسلم (١٦٨٥) من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، قالت: «لم تقطع يد سارق على عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أدنى من ثمن المجن ترس أو حجفة، وكان كل واحد منهما ذا ثمن».

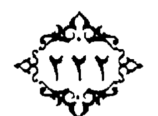
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٦): «الحَجَفَة بفتح الحاء المهملة، والجيم، والفاء معًا، وآخره تاء: الترس».

(٥) في (ي): «محجنًا».

(٦) في (ي): «محجن».

(٧) في (ي): «المحجن».

(٨) أخرجه أبو داود (٤٣٨٧)، والنسائي (٤٩٥١)، وفي «الكبرى» (٧٣٩٦، ٧٣٩٧)، والطحاوي =



وروى عطاءٌ، عن أيمنَ الحبشيِّ عن (1أمِّ أيمنَ1)، قالت: قال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تُقطعُ يدُ السارقِ إلا في جَحْفةٍ». وقُوِّمتْ يومئذٍ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دينارًا أو عشرةَ دراهمَ[2].

وروى نافعٌ، عن ابنِ عمرَ، قال: «قطَع رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في مِجَنٍّ[3] قيمتُه ثلاثةُ دراهمَ»[4].

وعن أنسٍ، قال: «كانَتْ قيمتُه خمسةَ دراهمَ»[5].

فلمَّا اختَلفوا في قيمتِه كان الرُّجوعُ إلى أكثرِ ما قيل أَوْلَى؛ ألَا ترى أنَّ المُقوِّمين لو اختَلفوا في مُستهلَكٍ، فشهِد اثنانِ أنَّ قيمتَه عشَرةٌ، وشهِد اثنانِ أنَّ قيمتَه أقلُّ،

في «شرح المعاني» (٣/ ١٦٣) واللفظ له، والبيهقي (٨/ ٢٥٧) من طريق عطاء، عن ابن عباس. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٥٨-٣٥٩)، و«فتح الباري» (١٢/ ١٠٣)، و«الدراية» (٢/ ١٠٧-١٠٨).

(١-١) ليس في (ض).

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٦٣)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٦/ ٣٤٦٦).
قال الحافظ في «الإصابة» (١٤/ ٢٩٥): «وهذا في سنده مقال».
والجحفةُ: القطعةُ من السَّمن، وبقيّةُ الماء في جوانب الحوض، ويُضمُّ. ينظر: «القاموس المحيط» (١/ ٧٩٥) (ج ح ف).

(٣) في (ي): «محجن».

(٤) أخرجه البخاري (٦٧٩٥- ٦٧٩٨)، ومسلم (١٦٨٦).

(٥) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٢٥٥٢)، والدارقطني (٣٤١٠) من طريق أبي هلال الراسبي، عن قتادة، عن أنس.
وأخرجه الدارقطني (٣٤٢٠) من طريق شعبة، عن قتادة، عن أنس. وينظر: «سنن النسائي» (٤٩١١- ٤٩١٣)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٥٩-٢٦٠).



وجَب الأخذُ بالأكثرِ، ولأنَّه لا يجوزُ إثباتُ القطعِ بالشَّكِّ، وقد تيَقَّنَّا وُجُوبَه عندَ أخذِ العشرةِ، ولم نَتيَقَّنْ ذلك فيما دونَها، ولأنَّه مقدارٌ يَسْتقِرُّ ضمانُه باستهلاكِ السارقِ، فلا يجِبُ القطعُ به، أصلُه ما دونَ الرُّبُعِ دينارٍ.

فإن قيل: رَوَتْ عائشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنَّه قال: «لا يُقطَعُ السارقُ إلا في رُبُعِ دينارٍ فصاعدًا»[1].

قيل له: هذا حديثٌ اختَلف أهلُ العلمِ في رفعِه إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنكَره الثِّقاتُ، ومَن رفَعه أيضًا اختَلفتْ عنه الرِّوايةُ في ذلك؛ فرُوِي عن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: «كان لا يُقطَعُ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا في ثمنِ المِجَنِّ[2]»، فكيف يُظَنُّ[3] أنَّ عندَ عائشةَ مثلَ هذا النصِّ فلا تذكُرُه، ويُرجَعُ إلى قيمةِ المِجَنِّ، ويظهرُ الاختلافُ في تقويمِه.

وأمَّا قولُ صاحبِ «الكتابِ»: عشَرةُ دراهمَ مضروبةً أو غيرَ مضروبةٍ. فهو قولُ أبي حنيفةَ.

وروَى بشرٌ، عن أبي يوسفَ، وابنُ سماعةَ، عن محمدٍ: فيمَن سرَق عشَرةَ دراهمَ تِبْرًا لا يُقطَعُ[4].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ النِّصابَ إذا تعلَّق بقَدْرٍ مِن الدراهمِ اسْتَوى فيه المضروبةُ وغيرُها كنِصَابِ الزكاةِ.

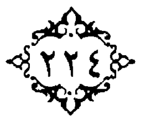
---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٨٩)، ومسلم (١٦٨٤).

(٢) في (ي): «المحجن».

(٣) في (ل): «نظن».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٥٧)، و«المبسوط» (٩/ ١٣٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٧٨).



وجهُ قولِهما: أنَّ التِّبْرَ ناقصُ القيمةِ عن المضروبِ، فصار كالنُّقْصانِ مِن طريقِ الوزنِ.

وقد قالوا: إنَّه يُعتَبرُ عشَرةُ دراهمَ[1] وزنَ سبعةٍ؛ لأنَّ إطلاقَ اسمِ الدراهمِ يتناولُ ذلك؛ بدليلِ نصابِ الزكاةِ ومقاديرِ الدِّياتِ.

وأمَّا اعتبارُ الحِرْزِ: فلأنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في حريسةِ الجبلِ: «فيها غرامةُ مِثْلِها؛ وجَلَداتُ نكالٍ». فلم يُوجِبِ القطعَ فيها؛ لأنَّها ليسَتْ بحِرْزٍ.

وأمَّا قولُه: مِن حِرْزٍ لا شُبْهةَ له فيه. فلأنَّ الحدودَ تَسقُطُ بالشُّبْهةِ، فيُعتَبرُ زوالُ الشُّبْهةِ في وُجُوبِ القطعِ، وسيجيءُ بيانُ الشُّبْهةِ فيما بعدُ.

قال: والعبدُ والحرُّ في القطعِ سواءٌ.

لعمومِ الآيةِ والأخبارِ، ولأنها عقوبةٌ لا تَتبعَّضُ، فإذا ثبَت في حقِّ العبدِ اسْتَوى الحرُّ والعبدُ فيها كالقصاصِ.

قال: ويجِبُ القطعُ بإقرارِه مَرَّةً واحدةً، أو بشهادةِ شاهدَيْن.

أمَّا ثُبُوتُه بشهادةِ شاهدَيْن فبالإجماعِ، ولأنه عقوبةٌ يَقِفُ استيفاؤُها على مطالبةِ الآدميِّ، فتَثبُتُ بشاهدَيْن كالقصاصِ.

وأمَّا ثُبُوتُه بإقرارِه مَرَّةً واحدةً، فهو قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعن أبي يوسفَ: بإقرارِه مَرَّتَيْنِ، ثُمَّ رجَع إلى قولِهما[2].

---

(١) بعده في (ل): «على».

(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٢٩٥)، و«الهداية» (٢/ ١١٩)، و«العناية» (٥/ ٣٦٠).



وجهُ قولِهما: أنَّ كلَّ ما جاز إثباتُه بشهادةِ شاهدَيْن جاز إثباتُه بإقرارِه مَرَّةً واحدةً أصلُه المالُ، ولأنَّا لو لم نُوجِبِ القطعَ بالمَرَّةِ الأُولَى استقَّر به الضمانُ عليه، فلم يجِبْ به القطعُ بالإقرارِ الثاني؛ ألَا ترى أنَّ الأخذَ الذي يَسْتقِرُّ به الضمانُ لا يجِبُ به القطعُ، أصلُه الغصبُ[1].

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه حَدٌّ فيُعتبَرُ عددُ الإقرارِ به بعددِ الشُّهودِ، أصلُه حدُّ الزِّنى.

قال: وإذا اشتَرك جماعةٌ في سرقةٍ؛ فأصابَ كلُّ واحدٍ منهم عشرةَ دراهمَ قُطِع، وإنْ أصابَه أقلُّ لم يُقطَعْ.

وقال مالكٌ: إذا اشتَركوا في نصابٍ واحدٍ وجَب القطعُ[2].

لنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهم سارقٌ لِما دونَ النِّصابِ، فلا يُقطَعُ به كما لو انفرَد بسرقتِه، ولا يُشْبِهُ هذا إذا قتَل الجماعةُ واحدًا في وُجُوبِ القصاصِ على جماعتِهم؛ لأنَّ القصاصَ تعلَّق بإخراجِ الرُّوحِ[3] وهو معنًى لا يَتبعَّضُ، فصار كلُّ واحدٍ كالفاعلِ[4] لجميعِه، وليس كذلك أخذُ المالِ؛ لأنَّه يَتبعَّضُ، ففعلُ كلِّ واحدٍ حالَ الاشتراكِ فيما أصابَه كفعلِه فيه حالَ الانفرادِ، فلا يجِبُ به القطعُ.

---

(١) في (ي): «القطع».

(٢) ينظر: «النوادر والزيادات» (١/ ٣٧٨)، «التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب» (٨/ ٢٨٤، ٢٨٥)، و«مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٤٠).

(٣) في (ح، ل): «الزوج».

(٤) في (ي): «كالقاتل».



قال: ولا يقطعُ[1] فيما يُوجَدُ تافِهًا مُباحًا في دارِ الإسلامِ؛ كالخشبِ والحشيشِ والقصبِ والسمكِ والصيدِ.

وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: يُقطَعُ في جميعِ ذلك إلا في الترابِ والطينِ والسِّرجينِ[2] والماءِ[3]. وهو قولُ الشافعيِّ، وزعَم أصحابُه أنَّ في الماءِ والترابِ وجهانِ[4].

وجهُ قولِهما: حديثُ رافعِ بنِ خَدِيجٍ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا قطعَ في ثمرٍ ولا كَثَرٍ»[5].

قيل في الكَثَرِ: صغارُ النخلِ. وقيل: الجُمَّارُ. والمعنى فيه أنَّه يُوجَدُ تافِهًا مُباحًا، وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الناسُ شركاءُ في ثلاثٍ؛ الماءِ والكلأِ والنارِ»[6].

---

(١) في (نسخة مختصر القدوري): «قطع».

(٢) في (أ، ح، ر، ش، ض، ض١، ض٢، ع، ل): «السرقين». وكلاهما بمعنى، والسِّرجينُ بكسر السين وفتحها، والسّرقين: ما تُدملُ به الأرضُ، أي: تصلح، وقد سرجنها، أي: أصلحها. قال الجوهريُّ: السّرجين، بالكسر معرّب؛ لأنه ليس في الكلام فعليل بالفتح، ويقالُ: سرقين. ينظر: «الصحاح» (٥/ ٢١٣٥)، و«لسان العرب» (١٣/ ٢٠٨) (سرجن، سرقن).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٦٨)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢١٥)، و«الهداية» (٢/ ١٢٠).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٣٣)، و«الحاوي» (١٣/ ٢٧٤)، و«المهذب» (٣/ ٢٤١).

(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨، ٤٣٨٩)، والترمذي (١٤٤٩)، والنسائي (٤٩٦٠-٤٩٧٠)، وابن ماجه (٢٥٩٣). قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٤/ ٦٥): «واختلف في وصله وإرساله، وقال الطحاوي هذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول».

(٦) أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (٧٣١)، وابن ماجه (٢٤٧٣) من حديث أبي هريرة. وأخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٨٠ رقم ١١١٠٥)، وابن عدي (٤/ ١٥٢٥) من حديث ابن عباس. =

وثُبُوتُ الشركةِ يمنعُ القطعَ كمالِ بيتِ المالِ.

«وكان عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يقطَعُ في الطينِ»، وقالت عائشةُ: «كان لا يُقطَعُ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الشيءِ التافهِ»[1]. وهذا موجودٌ في الماءِ والحجارةِ، ولأنَّه يُوجَدُ مُباحًا في دارِ الإسلامِ غيرَ مرغوبٍ فيه، فلا يجِبُ فيه القطعُ كالسِّرْجينِ والماءِ ولبنِ الآدميَّةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه مُتَمَوَّلٌ يُباعُ ويُشتَرى فصار كسائرِ الأموالِ.

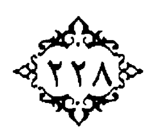
قلنا: سائرُ الأموالِ لا يُملَكُ إلا بالأخذِ في دارِ الإسلامِ لمعنًى يعودُ إليها، فلم يُقارِنِ الأخذُ شُبْهةً، فلزِمه القطعُ، وفي مسألتِنا يُملَكُ بمجردِ الأخذِ في دارِ الإسلامِ لمعنًى يعودُ إلى جنسِه، فإذا سرَقها فقد وُجِد منه مثلُ سببِ المِلْكِ، فصار شُبْهةً في سُقُوطِ الحدِّ، وإن لم يُوجَبِ المِلْكُ مثلَ النِّكاحِ الفاسدِ.

قال: ولا فيما يُسْرِعُ إليه الفسادُ كالفواكهِ الرَّطْبةِ[2] واللَّبنِ واللَّحمِ والبِطِّيخِ والفاكهةِ في الشَّجرِ والزرعِ الذي لم يُحصَدْ.

وأخرجه أبو عبيد (٧٢٩)، وأحمد (٢٣٠٨)، وأبو داود (٣٤٧٧) من حديث رجل من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. بلفظ: «المسلمون شركاء في ثلاث». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (٩٦٥)، و«نصب الراية» (٤/ ٢٩٤، ٢٩٥)، و«البدر المنير» (٧/ ٧٦-٨١)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٦٥)، و«الدراية» (٢/ ٢٤٦).

(١) أخرجه أبو يوسف في «الخراج» (ص١٨٤)، وابن أبي شيبة (٢٨٦٩٧)، وأبو عوانة (٦٢٢١). وينظر: «علل الدارقطني» (٣٥٥)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٥٥)، و«فتح الباري» (١٢/ ١٠٤).
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٦): «التافِه بالتاء المثناة، وفاء مكسورة: الشيء الخسيس الحقير».

(٢) في (ي): «والرطب».



وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعن أبي يوسفَ: عليه القطعُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

لنا: ما روَى الحسنُ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا قطعَ في طعامٍ»[3]. وهو عامٌّ، وقد روَتْ عائشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «أنَّه ما كان يُقطَعُ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الشيءِ التَّافِهِ»، والبُقُولُ والمَرَقُ[4] تافِهٌ، لأنَّ معنى المالِ فيها ناقصٌ، ونُقْصانُ معنى المالِ كنُقْصانِ جزءٍ منه، فمُنِع مِن وُجُوبِ الحدِّ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لعَن اللَّهُ السارقَ يَسْرِقُ البيضةَ فتُقطَعُ يدُه».

الجوابُ: أنَّ المرادَ به بيضةُ السلاحِ؛ بدليلِ أنَّ بَيْضَ الطيرِ لا يكونُ الواحدةُ منه نِصابًا.

فإن قيل: روِي: «أنَّ سارقًا سرَق أُتْرُجَّةً في عهدِ عثمانَ فقطَع يدَه»[5].

قيل له: روِي عن ابنِ عمرَ أنَّه[6] قال: «لا قطعَ في لحمٍ».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٩٥)، و«التجريد» (١١٥٩٦٩)، و«النتف» (٢/ ٦٥١)، و«المبسوط» (٩/ ١٥٤).

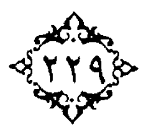
(٢) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٢٧٤)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٥٥).

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٧/ ٢٢٩)، وأبو داود في «المراسيل» (٢٤٥)؛ بلفظ: «إني لا أقطع في الطعام». وأخرجه عبد الرزاق (١٨٩١٥)، وابن أبي شيبة (٢٩١٨٠، ٢٩١٨١) عن الحسن: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتي برجل سرق طعامًا، فلم يقطعه». وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٦٢)، و«الدراية» (٢/ ١٠٩).

(٤) ليس في (ر).

(٥) أخرجه مالك (٢/ ٨٣٢)، وابن أبي شيبة (٢٨٦٨٦).

(٦) بعده في (ي): «صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».



قال: ولا يُقطَعُ في الأشربةِ المُطرِبةِ.

لأنَّه لمَّا اختُلِف في إباحتِه اختُلِف في كونِه مالًا، فكان فيه شُبْهةٌ في سُقوطِ الحدِّ.

قال: ولا في الطُّنْبُورِ[1].

وذلك لأنَّ له أخذَه وكَسْرَه أو حَلَّه وتَغْييرَه على قولِ بعضِ أهلِ العلمِ، فصار ذلك شُبْهةً في سُقوطِ القطعِ.

قال: ولا في سرقةِ المصحفِ، وإنْ كان عليه حِلْيةٌ.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: يُقطَعُ[2]. وهو قولُ الشافعيِّ[3].

لنا: أنَّ المقصودَ مِن المصحفِ القراءةُ وما فيه مِن القرآنِ، وذلك ليس بمالٍ، وله أيضًا أخذُه للقراءةِ فيه عندَ الحاجةِ، فصار جميعُ ذلك شُبْهةً في إسقاطِ الحدِّ عنه.

فإن قيل: المصاحفُ مالٌ في نفسِها، وجهةُ الانتفاعِ بها ليس بمالٍ، كما أن الثِّيابَ مالٌ والانتفاعُ بها ليس بمالٍ[4].

(١) الطُّنْبُورُ بالضّمّ فارسيٌّ معرّبٌ، والطّنبارُ بالكسر لغةٌ فيه، وهو العود. ينظر: «مختار الصحاح» (ص١٩٣) (ط ن ب ر)

(٢) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٦٨)، و«الهداية» (٢/ ١٢٠).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٠٤)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٩٥).

(٤) قال في حاشية (ح): «يقطع إجماعًا؛ لأن المنديل يصر فيه عادةً، فكان ما فيه معتبر إذ هو المقصود بالأخذ، وفرقوا في مسألة الثوب بين أن يكون عالمًا بما صر فيه، وبين أن لا يكون عالمًا به، فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره، ولم يفرقوا في مسألة الأواني، ولو شرب الخمر في الدار أو أراقه، ثُمَّ أخرج الآنية يقطع إجماعًا. زيلعي».



قيل له: هذا غلطٌ؛ لأنَّ المقصودَ مِن المصحفِ القراءةُ وذلك غيرُ مُتقَوَّمٍ، والمقصودُ مِن الثيابِ اللُّبْسُ وذلك معنًى مُتَقَوَّمٌ فاختَلفا.

فإن قيل: لو سرَق الأوراقَ قبلَ الكتابةِ قُطِع، والكتابةُ زيادةٌ فيها فأَوْلَى أن يجِبَ القطعُ.

قيل له: قبلَ الكتابةِ الكاغَدُ[1] هو[2] المقصودُ، والمقصودُ منه المالُ فيُقطَعُ، وبعدَ الكتابةِ المقصودُ ما في مالِ الكاغَدِ؛ وذلك ليس بمالٍ، فإذا تبِعه ما هو مالٌ صار شُبْهةً في القطعِ؛ ألَا ترى أنَّه لو سرَق قِلادةً قُطِع، ولو سرَق كلبًا عليه قِلادةٌ لم يُقطَعْ، ولو سرَق صَبِيًّا حُرًّا لم يُقطَعْ، ولو سرَق ثيابَه منفردةً قُطِع، ولو سرَق إناءً فيه خمرٌ لم يُقطَعْ، ولو سرَق الإناءَ مُنفرِدًا قُطِع[3]، لمَّا كان المقصودُ بالسرقةِ عينَ مالٍ، كذلك هذا.

قال: ولا في الصَّليبِ الذَّهبِ، ولا الشِّطْرَنجِ، ولا النَّرْدِ.

وذلك لأنَّه مأذونٌ له في أخذِه وكسرِه والمنعِ مِن استعمالِه، والشُّبْهةُ إذا تمكَّنَتْ في الأخذِ منَعتْ مِن القطعِ.

---

(١) الكاغدُ: القرطاسُ، مُعرّبٌ. ينظر: «القاموس المحيط» (١/ ٣١٥) (ك غ د).

(٢) في (ي): «هي».

(٣) قال في حاشية (ح): «سرق آنية فيها خمر أو ثريد أو غيره مما لا يجب القطع وقيمة الأواني تبلغ نصابًا، فإنه لا يقطع فيها لما أنها تقبع، فإذا لم يعتبر الأصل فأولى أن لا يعتبر التبع، وهو على الخلاف فلا يصح الإلزام، وعلى هذا الخلاف لو سرق ثوبًا لا يساوي عشرة وفيه فضة أو ذهب مضروب يزيد على النصاب؛ لأن المقصود هو الثوب فكان هو المنظور إليه بخلاف ما إذا سرق منديلًا قد صر فيه ذلك حيث».



وعن أبي يوسفَ في الصَّلِيبِ الذَّهبِ، والصَّنمِ الذَّهبِ: إنْ سرقَه مِن مُصَلَّاهم فلا قطع؛ لأنَّه بيتٌ مأذونٌ في دُخُولِه، وإنْ كان في يدِ رجلٍ محرزًا عندَه قُطِع؛ لأنَّ الذَّهبَ والفِضَّةَ في نفسِه يجِبُ به القطعُ، والصَّنعةُ لا تُؤَثِّرُ في إسقاطِ القطعِ، فبقِي الوُجُوبُ بحالِه[1].

قال: ولا قطعَ في سارقِ الصبيِّ الحرِّ؛ وإنْ كان عليه حُلِيٌّ.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: يُقطَعُ[2].

وجهُ قولِهما: أنَّ المقصودَ الصبيُّ دونَ ما عليه؛ ألَا تَرى أنَّه لو قصَد ما عليه لأخَذه وترَكه، والمقصودُ مِن الأخذِ إذا لم يَتعلَّقْ به القطعُ فبغيرِه أَوْلَى، كالمالِ المشتركِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الحُلِيَّ بالانفرادِ يَتعلَّقُ به القطعُ، فانضمامُ الصبيِّ إليه لا يُسقِطُ القطعَ كما لو سرَق عبدًا صغيرًا عليه حُلِيٌّ.

قال: ولا في سرقةِ العبدِ الكبيرِ، ويُقطَعُ في سرقةِ العبدِ الصغيرِ.

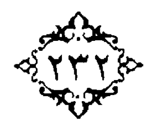
والفرقُ بينَهما؛ أنَّ الكبيرَ في يدِ نفسِه وما عليه في يدِه، فأخذُه ليس بسرقةٍ في الحقيقةِ وإنما هو خِداعٌ، وذلك لا يَتعلَّقُ به القطعُ، وليس كذلك العبدُ الصغيرُ؛ لأنَّه مالٌ ولا يدَ له على نفسه، فهو بمنزلةِ البهيمةِ، فيجِبُ به القطعُ.

قال: ولا قطعَ في الدَّفاترِ كلِّها إلا في دفاترِ الحسابِ.

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» (٣/ ٢١٧)، و«البناية» (٧/ ٢١)، و«اللباب» (٣/ ٢٠٤).

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٢١)، و«العناية» (٥/ ٣٦٩)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٦٦).



وهذا على الخلافِ الذي بيَّنَّاه في سرقةِ المصحفِ، ودفاترُ الحسابِ مُجمَعٌ على وُجُوبِ القطعِ فيها؛ لأنَّ المقصودَ منها الكاغَدُ دونَ ما فيها، والكاغَدُ في نفسِه مالٌ، ولم تُوجَدْ شُبْهةٌ تمنَعُ مِن وُجُوبِ القطعِ، فيَلزَمُ سارقَها القطعُ.

قال: ولا في سَرَقةِ كلبٍ، ولا فهدٍ.

لأنَّ جنسَه يُوجَدُ تافِهًا مُباحًا في دارِ الإسلامِ، وقد دَلَّلْنا على ذلك.

قال: ولا دُفٍّ، ولا طَبْلٍ، ولا مِزْمارٍ.

لِما بيَّنَّا أنَّه مَأْذونٌ في أخذِ ما هو مُعَدٌّ للمعاصِي وكسرِه، ومَن أخَذ ما لَه فيه شُبْهةٌ[1] لا يُقطَعُ.

قال: ويُقطَعُ في السَّاجِ، والقَنَا، والأَبَنُوسِ، والصَّنْدَلِ.

وذلك لأنَّه مالٌ لا يُوجَدُ جنسُه مُباحًا في دارِ الإسلامِ؛ وإنما يُوجَدُ مُباحًا في دارِ الحربِ، والإباحةُ في دارِ الحربِ لا مُعْتبَرَ بها؛ ألَا تَرى أنَّ سائرَ الأموالِ مُباحَةٌ في دارِ الحربِ، ويجِبُ فيها[2] القطعُ في دارِنا.

قال: وإذا اتُّخِذَ مِن الخشبِ أوانٍ وأبوابٌ قُطِع فيها.

وذلك لأنَّه[3] بالصَّنْعةِ والتأليفِ خرَج مِن[4] حُكمِ أصلِه، وصار في حُكمِ جنسٍ آخرَ؛ ألَا تَرى أنَّ العملَ غالبٌ عليه.

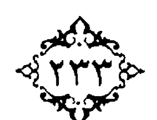
---

(١) في نسخة مشار إليها بحاشية (ح): «إذن».

(٢) في (ي): «بها».

(٣) في (ي): «لأنها».

(٤) في (ي): «عن».



وقد روَى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: في الآجُرِّ والفَخَّارِ أنَّه لا قطعَ فيه؛ لأنَّه مِن الطينِ، والصَّنْعةُ غيرُ غالبةٍ على قيمتِه، والطينُ لا يُقطَعُ فيه كذلك ما عُمِل منه[1].

فأمَّا الزُّجاجُ فعن أبي يوسفَ فيه روايتانِ؛ أحدُهما: لا قطعَ فيه لأنَّه مِن جنسِ الرَّمْلِ؛ وذلك يُوجَدُ مُباحًا تافهًا في دارِ الإسلامِ، فما يُعمَلُ منه معنى المالِ[2] فيه ناقصٌ لِما بَيَّنَّا، ولأنَّ الكسرَ يُسرِعُ إليه.

وقال في الرِّوايةِ الأُخرَى: فيه القطعُ بمنزلةِ الخشبِ والصُّفْرِ إذا عمِل منه آنيةٌ[3].

وقال أبو حنيفةَ: إنَّه يجِبُ القطعُ في الياقوتِ والزُّمُرُّدِ والفَيْروزَجِ إذا ساوَى عشَرةَ دراهمَ؛ لأنَّه وإن وجِد مُباحًا في دارِ الإسلامِ إلا أنَّه لا يُوجَدُ تافِهًا، ألَا تَرى أنَّ القادرَ على أخذِه لا يَترُكُه مع القُدْرةِ عليه، فصار كالذهبِ والفضةِ[4].

قال: ولا قطعَ على خائنٍ، ولا خائنةٍ، ولا نبَّاشٍ، ولا مُنْتهِبٍ، ولا مُخْتلِسٍ.

وذلك لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا قطعَ على مُختَلِسٍ، ولا مُنْتهِبٍ، ولا خائنٍ»[5]. ولأنَّ اسمَ السارقِ لا يتناوَلُه، فلا يلحَقُ به في وُجوبِ

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٨٠)، و«الهداية» (٢/ ١٢١)، و«العناية» (٥/ ٣٧٢).

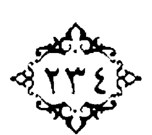
(٢) في (ي): «المالية».

(٣) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٨٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٦٨).

(٤) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٦٣)، و«الهداية» (٢/ ١٢١)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٦٥).

(٥) أخرجه الترمذي (١٤٤٨)، والنسائي (٤٩٧١-٤٩٧٦) من حديث جابر. وقال الترمذي: «حسن صحيح».

=



القطعِ عليـه.

ولا خـلافَ في هـذه الجملـةِ إلا في النَّبَّاشِ؛ فقال أبو حنيفـةَ، ومحمدٌ: لا يجِبُ القطعُ.

وقال أبو يوسفَ: عليه القطعُ[1]. وهو قولُ الشافعيِّ[2].

وجهُ قولِهما: أنَّه أُفرِد باسمٍ، والظاهرُ مِن انفرادِه باسمٍ انفرادُه بفعلٍ، هذا هو الأصلُ، وغيرُ ذلك خلافُ الظاهرِ، وإذا اقتضَى انفرادُه بفعلٍ لم يجِبْ تعليقُ حكمِ السارقِ عليه بالقياسِ، ولأنَّ الكفنَ ليس بمملوكٍ بدليلِ أنَّه لا يخلو إمَّا أن يكونَ مملوكًا للمَيِّتِ أو للوارثِ، ولا يجوزُ أن يكونَ مِلْكًا للمَيِّتِ؛ لأنَّ الموتَ يُنافِي الإملاكَ، ولا يكـونُ مِلْكًا للوارثِ؛ لأنَّه مُسْتحَقٌّ عليه إخراجُه، فإذا فقَدَه لم يَكُنْ على مِلْكِه كالدَّينِ والوصيَّةِ؛ ولأنَّ عندَ الشافعيِّ لو نبَش الوارثُ القبرَ وأخَذ الكفنَ لزِمه القطعُ، ويستحيلُ أنْ يُقطَعَ في مِلْكِه.

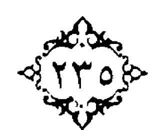
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٧): «المختلس بالخاء المعجمة، والتاء المثناة، والسين المهملة: الخلس هو أخذ الشيء من ظاهر بسرعة، والخُلسة بضم الخاء: ما يخلس، والاختلاس: أن يأخذ الشيء في اليد بسرعة جهرًا، والفاعل: المختلس».

قال: «والمنتهب، النَّهْب بفتح النون، وسكون الهاء، وآخره موحدة: الغارة والسلب. والنُّهْبة بضم النون، والنهباء: الشيء المنتهب، والانتهاب أيضًا؛ فالحاصل أن الانتهاب الأخذ على وجه العلانية قهرًا».

قال: «والخائن: الذي يأخذ المال أمانة في يده ويخون فيه، كالصراف».

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٤٤، ٢٤٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٠٤-٣٠٧)، و«التجريد» (١١/ ٥٩٩٦-٦٠٠٣)، و«الهداية» (٢/ ١٢١)، و«العناية» (٥/ ٣٧٤).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٨٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٧٠)، و«الحاوي» (١٣/ ٣١٣).



وإذا ثبت ذلك قلنا: مَن سرَق ما ليس له مالكٌ مُعَيَّنٌ، ولا هو موقوفٌ على حكمِ مِلْكِ مالكٍ بعقدٍ لا يُقطَعُ فيه كمالِ بيتِ المالِ؛ ولأنَّ القبرَ ليس بحِرْزٍ للكفنِ؛ بدليلِ أنَّه لو سرَقه مِن القبرِ وليس فيه مَيِّتٌ لم يُقطَعْ، فانضمامُ الميِّتِ إليه وهو لا يُحِسُّ كانضمامِ حجرٍ إليه، فلا يُؤثِّرُ في إيجابِ القطعِ.

وقد روَى الزُّهريُّ: «أنَّ نَبَّاشًا أخَذ في زمنِ مروانَ، فأجمَع أصحابُ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكانوا مُتَوافِرين، أنَّه يُضرَبُ ولا يُقطَعُ»[1].

فإن قيل: سرَق نصابًا مِن حِرْزِ مثلِه مِن غيرِ شُبْهةٍ فوجَب قطعُه؛ إذا كان مِن أهلِ القطعِ، أصلُه إذا سرَق من الحرزِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنَّه سرَق، ولا نُسلِّمُ أنَّه أخَذ مِن حِرْزِ مثلِه؛ لأنَّ الكفنَ لا يُوضَعُ في القبرِ للإحرازِ وإنما يُوضَعُ للبِلَى.

ثم المعنى في غيرِ القبرِ أنَّه مكانٌ لو أخَذ منه الدراهمَ قطِع، كذلك إذا أخَذ الثِّيابَ، وليس كذلك القبرُ؛ لأنَّه لو أخَذ منه الدراهمَ لم يُقطَعْ، كذلك إذا أخَذ منه الثِّيابَ.

قال: ولا يُقطَعُ السارقُ مِن بيتِ المالِ، ولا مِن مالٍ للسارقِ فيه شركةٌ.

وذلك لأنَّ القطعَ يَسقُطُ بالشُّبْهةِ، والمِلْكُ مِن أقوَى الشُّبَهِ[2]؛ بدليلِ إسقاطِ حدِّ الزِّنى عن الشَّريكِ إذا وطِئ الجاريةَ المشتركةَ، وأمَّا سرقتُه مِن بيتِ المالِ،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٨٧٥)، وابن أبي شيبة (٢٩٢٠٥، ٢٩٢٠٦). وينظر: «الأوسط» لابن المنذر (١٢/ ٣١٥).

(٢) في (ج، ع، ق، ل، ي): «الشبهة».



فلا تُوجِبُ القطعَ أيضًا؛ لأنَّ له فيه حقًّا، فصار كالمالِ المشتركِ.

قال: ومَن سرَق مِن أبوَيْه، أو ولدِه، أو ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لم يُقطَعْ[1].

أمَّا الوالدُ: فله شُبْهةٌ في مالِ ولدِه؛ بدليلِ قولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنتَ ومالُك لأبيك». وشُبْهةُ المِلْكِ تُسقِطُ الحدَّ كما يُسقِطُها نفسُ المِلْكِ.

وأمَّا الولدُ: فلأنَّ بينَه وبينَ أبوَيْه ولادًا، فلا يُقطَعُ كما لو سرَق الأبُ مِن الابنِ، وأمَّا مَن سِواهما مِن ذَوِي الأرحامِ إذا سرَق لا يُقطَعُ، وقال الشافعيُّ: يُقطَعُ[2].

لنا: أنَّ بينَهما رحمًا كاملًا فمُنِع القطعُ بالسرقةِ كالأبِ مع الابنِ.

فإن قيل: بينَهما قَرابةٌ لا يَتعلَّقُ بها رَدُّ الشَّهادةِ، فلا يَتعلَّقُ بها سُقوطُ القطعِ في السرقةِ، أصلُه ابنُ العمِّ.

قيل له: ابنُ العمِّ عكسُ عِلَّتِنا؛ لأنَّ قرابتَه غيرُ كاملةٍ؛ ألَا ترى أنَّه لا تَحرُمُ مُناكَحتُه، وفي مسألتِنا بينَهما رحمٌ كاملٌ فافترَقا.

قال: وكذلك إذا سرَق أحدُ الزَّوجَيْنِ مِن الآخرِ.

وهو قولُ الشافعيِّ في «المُزَنيِّ»، وقال في بعضِ «كتبِه»: يُقطَعُ كلُّ واحدٍ بسرقةِ الآخرِ. وله قولٌ ثالثٌ: أنَّ الزَّوجَ يُقطَعُ والمرأةُ لا تُقطَعُ[3].

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٤١، ٢٩٠، ٢٩٧)، و«السير الصغير» (ص٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٦٦)، و«التجريد» (١١/ ٦٠٢٢).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ١٦٣)، و«الحاوي» (١٣/ ٢٤٩)، و«بحر المذهب» (١٣/ ١٠٠)، و«حلية العلماء» (٨/ ٦٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٤٦)، و«التنبيه» (ص٢٤٦)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٨٧)، و«بحر =



لنا: ما روي: «أنَّ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أُتِي بغلامٍ سرَق مرآةً لامرأةِ سَيِّدِه، فقال: ليس عليه شيءٌ؛ خادِمُكم سرَق متاعَكم»[1]. فإذا لم يُقطَعْ خادمُ الزوجِ فالزَّوجُ أولَى، ولأنَّ كلَّ واحدٍ مِن الزَّوجَيْن له تَبسُّطٌ في مالِ الآخرِ في العادةِ، فمنَع ذلك وُجُوبَ القطعِ كالوالدِ مع الولدِ.

فإن قيل: هذا التَّبسُّطُ يكونُ في المنزلِ، وقد يحوزُ كلُّ واحدٍ منهما مالَه عن الآخرِ.

قيل له: هذا لا يمنَعُ التَّبسُّطَ الذي لكلِّ واحدٍ منهما، كما أنَّ الأبَ قد يحوزُ مالَه عن ابنِه ولا يَمنَعُ التَّبسُّطَ.

فإن قيل: بينَهما عقدٌ على المنفعةِ، فلا يُمنَعُ القطعُ[2] كعقدِ الإجارةِ.

قيل له: هذا يَبطُلُ بما إذا سرَق مِن البيتِ الذي هما فيه.

فإن قيل: العقدُ لا يَمنَعُ وإنما يَمنَعُ الإذنُ في دُخُولِ الحِرْزِ.

قيل له: وكذلك عندَنا الذي يُسقِطُ القطعَ هو التَّبسُّطُ في المالِ لا العقدُ.

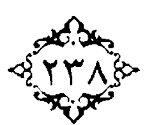
قال: أو العبدُ مِن سَيِّدِه، أو مِن امرأةِ سَيِّدِه، أو زوجِ سَيِّدتِه.

وذلك لِما رُوِّينا مِن حديثِ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ؛ ولأنَّ هؤلاءِ لهم تَبسُّطٌ في المنزلِ والدُّخُولُ بغيرِ إذنٍ، وذلك يمنَعُ مِن وُجُوبِ القطعِ.

المذهب» (١٣/ ٩٨).

(١) أخرجه مالك (٢/ ٨٣٩)، والدارقطني (٣٤١٢). قال ابن كثير في «مسند الفاروق» (٢/ ٥١١): «إسناده صحيح». وينظر: «البدر المنير» (٨/ ٦٧٧).

(٢) في (ج): «العقد».



قال: والمَوْلَى مِن مُكاتَبِه.

وذلك لأنَّ مالَ المكاتَبِ موقوفٌ عليه وعلى مَوْلاه، ومَن سرَق مالًا موقوفًا على مِلْكِه لا يُقطَعُ، كأحدِ المُتبايِعَيْن إذا سرَق ما شُرِط فيه الخيارُ.

قال: والسارقُ مِن المغنمِ.

وذلك لأنَّ له حقًّا فيه، فصار كمالِ بيتِ المالِ.

قال: والحِرْزُ على ضربَيْن: حِرْزٌ لمعنًى فيه كالبُيُوتِ والدُّورِ، وحِرْزٌ بالحافظِ، فمَن سرَق شيئًا مِن حِرْزٍ، أو مِن غيرِ حِرْزٍ وصاحِبُه عندَه يحفَظُه، وجَب عليه القطعُ.

أمَّا اعتبارُ الحِرْزِ في وُجُوبِ القطعِ فقد بيَّنَّاه، والكلامُ في صفةِ الحِرْزِ، والدُّورُ والبُيُوتُ حِرْزٌ بنفسِها وكذلك الخِيَمُ[(١)]، وكلُّ موضعٍ مُحْجَرٌ[(٢)].

والأصلُ فيه ما رِوي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا قطعَ في حريسةِ الجبلِ؛ فإذا آوَاه المُرَاحُ ففيه القطعُ». فأوجَب القطعَ بحكمِ الحِرْزِ الذي هو التَّحْجيرُ ولم يُفَصِّلِ.

فأمَّا المواضعُ التي ليسَتْ بمُحْجَرةٍ ولم تُعَدَّ للأحرازِ فإنَّها تكونُ حِرْزًا بالحافظِ؛ والأصلُ فيه ما رِوي: «أنَّ صفوانَ نام في المسجدِ وتوسَّد رداءَه، فسرَقه سارقٌ مِن تحتِ رأسِه، فقطَعه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[(٣)].

---

(١) في (ر، ي): «الختم».

(٢) في (س، ق): «محرز».

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)، والنسائي (٤٨٨٣، ٤٨٨٤)، وابن ماجه (٢٥٩٥). قال ابن كثير



قال: ولا قطعَ على مَن سرَق مِن حَمَّام، أو بيتٍ أُذِن للناسِ في دُخُولِه[1].

وقال الشافعيُّ في السارقِ مِن الحَمَّامِ: إذا كان عندَ الثِّيابِ حافظٌ فعليه القطعُ[2].

لنا: أنَّ الحَمَّامَ حِرْزٌ في نفسِه؛ بدليلِ أنَّه بُنِي كالدُّورِ، وبدليلِ أنَّ السَّارقَ منه ليلًا يُقطَعُ، وكذلك إنْ سرَق منه قبلَ عمارتِه، وقبلَ الإذنِ للناسِ في دُخُولِه، وإذا كان حِرْزًا في نفسِه لم يُعتبَرِ الحافظُ؛ لأنَّ الحافظَ يصيرُ به ما ليس بحِرْزٍ حِرْزًا، فأمَّا الحِرْزُ فوُجُودُ الحافظِ فيه وعدمُه سواءٌ، وقد ثبَت أنَّه لو سرِق منه ما ليس عندَه حافظٌ لا يُقطَعُ كذلك ما عندَه حافظٌ، ولا يُشْبِهُ هذا المسجدَ؛ لأنَّه ليس بحِرْزٍ في نفسِه، فيصيرُ حِرْزًا بالحافظِ.

فأمَّا الدارُ التي أُذِن في دُخُولِها فما فيها غيرُ مُحرَزٍ عمَّن أذِن له في الدُّخُولِ، فآخِذُهُ لا يكون سارقًا وإنما يكونُ خائنًا، والخائنُ لا يلزَمُه القطعُ.

قال: ومَن سرَق مِن المسجدِ مَتَاعًا وصاحِبُه عندَه قُطِع.

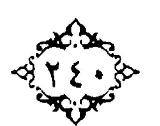
لِما بَيَّنَّا أنَّ ما ليس بحِرْزٍ يصيرُ حِرْزًا بالحافظِ.

قال: ولا قطعَ على الضَّيفِ إذا سرَق ممن أضافَه.

في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٣٧٣): «في سنده اختلاف»، وقال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (١/ ٤٩٥): «هذا حديث حسن».

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٧٠)، و«عيون المسائل» (ص٢٩٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٧٤)، و«الهداية» (٢/ ١٢٤).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٠٩)، و«التنبيه» (ص٢٤٥)، و«المهذب» (٣/ ٣٥٧).



وذلك لأنَّه صار بالإذنِ مِن جملةِ أهلِ البيتِ فأخذُه لا يكونُ سرقةً، بل يكونُ خيانةً، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا قطعَ على خائنٍ». وكذلك إن سرَق مِن بعضِ بُيُوتِ الدارِ التي أُذِن له في دُخُولِها وهو مُقْفَلٌ، أو مِن صندوقٍ في الدارِ مُقْفَلٌ إذا كان ذلك مِن جملةِ الدارِ، وذلك لأنَّ الدارَ الواحدةَ حِرْزٌ واحدٌ، بدليلِ أنَّ السارقَ لو أخَذ مِن بعضِ البيوتِ وخرَج إلى الدارِ لم يُقطَعْ، فإذا كان قد أُذِن له في دُخُولِه خرَج مِن أن يكونَ حِرْزًا في حقِّه، فكذلك البيوتُ.

فإن قيل: روِي: «أنَّ أسودَ باتَ عندَ أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فسرَق حُلِيًّا لهم[1] فقطَعه»[2].

قيل له: يجوزُ أن يكونَ سرَق مِن دارِ النساءِ، والدَّارَانِ[3] إذا أُذِن له في أحدِهما لا يَسقُطُ القطعُ فيما يأخُذُه مِن الأُخرَى.

قال: وإذا نقَب اللِّصُّ البيتَ ودخَل فأخَذ المالَ وناوَله آخرَ خارجَ الدارِ فلا قطعَ عليهما.

وهو قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُقطَعُ الداخلُ[4]. وهو قولُ الشافعيِّ[5].

---

(١) في (ي): «له».

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٨٣٥)، وعبد الرزاق (١٨٧٧٤).

(٣) كذا في (أ٢، ر، ض، ض١، ض٢)، وفي باقي النسخ: «والدارين».

(٤) ينظر: «عيون المسائل» (ص٢٩٠)، و«المبسوط» (٩/ ١٤٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٦٦)، و«الهداية» (٢/ ١٢٤)، و«العناية» (٥/ ٣٨٨).

(٥) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٧٩)، و«المهذب» (٣/ ٣٥٩)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٦٥)، و«كفاية النبيه» (١٧/ ٣٠٣).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الخارجَ لم يَهْتِكِ الحِرْزَ فلا يجِبُ عليه القطعُ، وأمَّا الداخلُ فلأنَّه انفصَل عن الحِرْزِ، وليس له على المالِ يدٌ مُشاهَدةٌ فلا يُقطَعُ، كما لو استهلَكه في الحِرْزِ، ولا يلزَمُه إذا حمَل المالَ أحدُ السُّرَّاقِ؛ لأنَّ فعلَ أحدِهم كفعلِهم، وكلُّ واحدٍ منهم يدُه ثابتةٌ على المالِ حالَ انفصالِه يدٌ مُشاهَدةٌ، وإذا ناوَله غيرَه، ثُمَّ خرَج فعندَ الانفصالِ له يدٌ حُكْمِيَّةٌ فلا يُقطَعُ، كما لو أودَع المالَ في الحِرْزِ عندَ رجلٍ، ثُمَّ خرَج.

وجهُ قولِهما: أنَّ يدَ الثاني قائمةٌ مقامَ الأولِ في الإمساكِ، فكأنَّه خرَج والمالُ في يدِه.

وقد قال أبو يوسفَ: إذا أدخَل الخارجُ يدَه في الحِرْزِ، فأخَذ مِن اللصِّ الداخلِ قطَعتُهما؛ لأنَّ إدخالَ اليدِ عندَه يَتعلَّقُ به القطعُ، لو لم يَكُنْ غيرَه فصارا مُشتركَيْن في السرقةِ؛ لأنَّ يدَه قائمةٌ مقامَ يدِ الذي ناوَله فقُطِعا.

قال: وإنْ أَلْقاه في الطَّريقِ، ثُمَّ خرَج فأخَذه قُطِع.

في قولِهم. وقال زفرُ: لا يُقطَعُ[1].

وجهُ قولِهم: أنَّ يدَه ثابتةٌ عليه ما لم تُحدِثْ يدٌ أُخرَى، بدليلِ أنَّ مَن ألقَى متاعَه في الطَّريقِ فيدُه ثابتةٌ عليه، فقد خرَج مِن الحِرْزِ، والمسروقُ في يدِه مِن طريقِ المشاهدةِ فيُقطَعُ، والمسألةُ موضوعةٌ على أنَّه أَلْقاه بحيثُ يَراه.

وجهُ قولِ زفرَ: لمَّا أَلْقاه مِن الحِرْزِ لم يجِبْ عليه القطعُ، فلم يَجُزْ إيجابُ

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٤٨)، و«الهداية» (٢/ ١٢٤)، و«الاختيار» (٤/ ١٠٦)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٢٣)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٦٩).



القطعِ عليه بعدَ ذلك؛ ألَا ترى أنَّ المقصودَ هو الإخراجُ الأولُ، فإذا حصَل على وجهٍ لا يُوجِبُ القطعَ لم يُوجَدْ في الثاني ما يُوجِبُه.

قال: وكذلك إن حمَله على حمارٍ فساقَه فأخرَجه.

وذلك لأنَّه في يدِه، وقد انفصَل مِن الحِرْزِ وله على المتاعِ يدٌ مُشاهَدةٌ، فيُقطَعُ كما لو حمَله هو بنفسِه.

وذكِر في «الأصلِ»: لو كانا اثنَيْن فنقَبا البيتَ، ثُمَّ دخَل أحدُهما فاستخرَج المتاعَ، ثُمَّ حمَلاه جميعًا، قال: إنْ عرفتُ الدَّاخلَ منهما بعينِه قطعتُ[1] الداخلَ منهما، ودرأتُ الحدَّ عن الآخرِ غيرَ أنِّي أُعَزِّرُه، وإنْ لم أعرِفِ الداخلَ لم يُقطَعْ واحدٌ منهما ويُعَزَّرانِ[2].

قال: وإذا دخَل جماعةٌ الحِرْزَ فتوَلَّى بعضُهم الأخذَ قُطِعوا جميعًا[3].

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يُقطَعَ إلا الذي خرَج بالمتاعِ وهو قولُ زفرَ، وبه قال الشافعيُّ[4].

لنا: أنَّ الحدودَ تَتعلَّقُ بالمقصودِ مِن كلِّ نوعٍ، ومقصودُ السراقِ ليس الحملَ، وإنما المقصودُ هَتْكُ الحِرْزِ والتَّمَكُّنُ مِن أخذِ المالِ، ولهذا[5] يَحْمِلُ المتاعَ

---

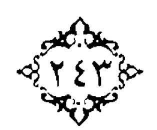
(١) بعده في (ي): «يد».

(٢) في (ي): «أقطع واحد منهما وأعزره». وينظر: «الأصل» (٧/ ٢٣٨، ٢٣٩).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٠٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٦٧)، و«الهداية» (٢/ ١٢٥)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢١٤).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٧٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٧٠)، و«الحاوي» (١٣/ ٢٩٧).

(٥) بعده في (ح): «لم».



أصاغرُهم، والحدُّ يجِبُ بحصولِ المقصودِ وقد حصَل، ولا يلزَمُ مَنْ نَقبَ ووقَفَ عندَ النَّقْبِ يَحْمِيهم؛ لأنَّه لم يَهْتِكِ الحِرْزَ.

فإن قيل: هتكُ الحِرْزِ حصَل بِنَقْبِه.

قيل له: بل بِدُخُولِه ألَا ترى أنَّ بابَ الدارِ لو كان مفتوحًا فدخَل السَّارقُ وأخَذ المالَ قُطِع، وإن لم يُهْتَكْ بفتحِه.

فإن قيل: المعاونُ لم يأخُذْ مِن الحرزِ شيئًا، فصار كما لو وقَف خارجَ الحرزِ.

قيل له: الأخذُ [(١]أخَذَ به[١)] وقد وُجِد منه التَّمْكينُ، والأخذُ مضافٌ إليه كما يُضافُ إذا حمَله على دابةٍ وساقَها.

قال: ومَن نقَب البيتَ وأدخَل يدَه[٢] فأخَذ شيئًا لم يُقطَعْ، وإنْ أدخَل يده في صندوقِ الصَّيْرفيِّ، أو في كُمِّ غيرِه فأخَذ المالَ قُطِع.

وقال أبو يوسفَ: يُقطَعُ فيهما[٣]. وهو قولُ الشافعيِّ[٤].

وجهُ قولِهما: أنَّه لم يَهتِكِ الحرزَ الهتكَ المقصودَ؛ ألَا تَرى أنَّ الهتكَ المقصودَ مِن البيتِ دُخُولُه، ونُقْصانُ الهتكِ كنُقْصانِ القدرِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما شرطٌ في القطعِ، فإذا أثَّر نُقْصانُ أحدِهما في سُقُوطِ القطعِ كذلك الآخرُ، ولا يلزمُ مَن سرَق مِن الكُمِّ أو مِن صندوقِ الصَّيْرفيِّ؛ لأنَّ هتكَ هذا الحرزِ لا يُمكِنُ

(١-١) في (ج، ل): «أحدثه».

(٢) بعده في (ض٢، ونسخة مختصر القدوري): «فيه».

(٣) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٢٥)، و«العناية» (٥/ ٣٩٠)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٦٩).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٧٨)، و«البيان» (١٢/ ٤٨١).

بدُخُولِه؛ وإنما يُمكِنُ بإدخالِ اليدِ وقد وُجِد.

فإن قيل: أخرَج نصابًا مِن الحرزِ، فصار كما لو دخَل.

قيل له: إذا دخَل فقد وُجِد الهَتْكُ المقصودُ، فإذا أخَذ المالَ قُطِع، وفي مسألتِنا لم يُوجَدِ الهتكُ المقصودُ.

قال: وتُقطَعُ يمينُ السارقِ مِن الزَّنْدِ وتُحسَمُ.

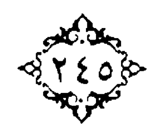
وذلك لِما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطَع يدَ السارقِ مِن الزَّنْدِ، وأمَر أنْ تُحسَمَ»[1]، وهذا بيانٌ للمرادِ بالآيةِ، وإنما قلنا: تُقطَعُ يمينُه؛ لأنَّ المرادَ مِن الآيةِ ذلك، لِما روَى الضَّحَّاكُ، عن ابنِ عباسٍ: «في قولِه تعالى: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة:٣٨] قال: أيمانُهما». وكذلك في قراءةِ ابنِ مسعودٍ، وعن الحسنِ، وإبراهيمُ مثلَه[2].

قال: فإنْ سرَق ثانيًا قُطِعتْ رِجْلُه اليُسْرَى، فإنْ سرَق ثالثًا لم يُقطَعْ، ويُخلَّدُ في السجنِ حتى يتوبَ.

وقال الشافعيُّ: يُقطَعُ في الثالثةِ اليدُ اليُسْرَى، وفي الرابعةِ الرِّجْلُ اليُمْنَى،

(١) أخرجه بنحوه الحاكم (٤/ ٣٨١) من حديث أبي هريرة. وقال: «صحيح على شرط مسلم». وينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩١٩٢، ٢٩١٩٥، ٢٩١٩٦)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٧٠، ٢٧١)، و«نصب الراية» (٣/ ٣٧١)، و«الدراية» (٢/ ١١١)، و«موافقة الخبر الخبر» (١/ ٨٦).

(٢) ينظر: «سنن سعيد بن منصور» (٧٣٧-الحميد)، و«تفسير ابن جرير» (٨/ ٤٠٧، ٤٠٨)، و«أحكام القرآن» للجصاص (٤/ ٧٢)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٧٠)، و«التفسير الوسيط» (٢/ ١٨٤، ١٨٥).



وفي الخامسةِ يُعَزَّرُ ويُحبَسُ(١).

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. والمرادُ به أيمانُهما على ما بيَّنَّاه، والظاهرُ يَقْتضِي أن لا يُقطَعَ في السرقةِ غيرُ اليُمْنى إلا ما قام عليه دليلٌ، ولأنَّ الحدودَ لا يجوزُ إثباتُها إلا بالتَّوقُّفِ أو بالاتفاقِ، ولم يُوجَدْ ذلك في اليدِ اليُسْرَى، ولأنَّ إتلافَ منفعةِ الجنسِ لا يجوزُ بالسرقةِ، أصلُه السرقةُ الأُولَى.

فإن قيل: روَى الشافعيُّ: أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطَع السارقَ على ما ذكَره.

قيل له: قد قال الطَّحاويُّ: إنَّه حديثٌ لا أصلَ له؛ لأنَّ كلَّ مَن لَقِيناه مِن حُفَّاظِ الحديثِ يُنكِرُونه ويقولون: لم نجِدْ له أصلًا. وهو أيضًا مرسَلٌ، فلا يلزَمُ العملُ به على قولِ الشافعيِّ، وعلى قولِنا: إنَّ ثقاتِ أصحابِ الحديثِ قد أنكَروه(٢).

فإن قيل: روِي عن أبي بكرٍ الصديقِ: «أنَّه قطَع يدًا (٣بعدَ يدٍ٣)».

قيل له: روِي عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «أنَّه أُتِي بسارقٍ فقطَع يدَه، ثُمَّ أُتِي به فقطَع رجلَه، ثُمَّ أُتِي به فقال: إنِّي لأَستَحْيِي(٤) أنْ أدعَه ليسَتْ له يدٌ يأكلُ(٥) ويَسْتَنْجِي بها، ولا رجلٌ يمشِي بها»(٦). فتعارَضا، ودَلَّ أيضًا على أنَّه لم يَصِحَّ عن النبيِّ

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٨١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٧١)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٢١).

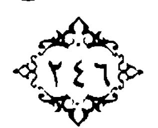
(٢) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٦٧)، و«العناية» (٥/ ٣٩٧).

(٣-٣) في (ي): «لعبد». والأثر أخرجه عبد الرزاق (١٨٧٦٩)، وابن أبي شيبة (٢٨٨٥١)، وابن المنذر (٩٠٤٢).

(٤) بعده في (ر): «من الله».

(٥) بعده في (ي): «بها».

(٦) أخرجه عبد الرزاق (١٨٧٦٤)، وابن أبي شيبة (٢٨٨٥٦)، والدارقطني (٣١٦٦، ٣٣٨٧). وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٧٣-٣٧٤)، و«فتح الباري» (١٢/ ١٠٠)



صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيه خبرٌ، حتى إنَّه لو صَحَّ لم يَجُزْ له مخالفتُه.

فإن قيل: لمَّا سقَط القطعُ في السرقةِ بقطعِه كان محلًّا للقطعِ كاليمينِ[1]؛ بيانُ هذا أن الحدَّادَ لو قطَع اليدَ اليُسرَى سقَط القطعُ.

قيل له: اليدُ اليُمْنى يجوزُ أن تَسْتحِقَّ في قاطعِ الطريقِ أولَ مَرَّةٍ، فجاز أن تَسْتحِقَّ في السرقةِ، واليدُ اليُسْرَى والرِّجْلُ اليُمْنَى لا تَسْتَحِقُّ في المَرَّةِ الأُولَى مِن قاطعِ الطريقِ؛ كذلك لم تَسْتَحِقَّ في السرقةِ وإنْ تكرَّرتْ.

وإذا ثبَت أنَّه لا يُقطَعُ في الثالثةِ والرابعةِ خُلِّدَ في الحبسِ؛ لأنَّ الفعلَ المنكرَ[2] لا بدَّ له مِن زَجْرٍ، وقد سقَط ذلك بالقطعِ، ولم يَبْقَ إلا الزَّجرُ بالحبسِ والضربِ.

قال: وإذا كان السارقُ أَشَلَّ اليدِ اليُسْرَى، أو أقطعَ، أو مقطوعَ الرِّجْلِ اليُمْنَى لم يُقطَعْ.

لأنَّا لو قطَعْناه أدَّى إلى بُطْلانِ منفعةِ الجنسِ؛ وذلك لا يجوزُ أن يُسْتوفَى في السرقةِ كما لو قطَع يَدَيهِ[3].

قال: ولا يُقطَعُ السارقُ إلا أن يَحْضُرَ المسروقُ منه فيُطالِبَ بالسرقةِ.

وذلك لِما رُوِي: «أنَّ عمرَو بنَ سَمُرَةَ أتَى النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، إنِّي سرقتُ جملًا لبني فلانٍ. فأرسَل النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إليهم، فقالوا: إنَّا فقَدْنا جملًا لنا. فأمَر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به فقُطِع»[4]، فلو لا اعتبارُ

---

(١) ليس في (ي).

(٢) في (ي): «المذكور».

(٣) ليس في (ي)، وفي (ل): «يده».

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٥٨٨)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٦٨)، والطبراني (٢/ ٨٦ =



المطالبةِ وإلا قطَعه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بإقرارِه؛ لأنَّ ما أقرَّ به في الظاهرِ له، ما لم يُصدِّقْه المُقِرُّ له، بدليلِ أنَّه لو أقرَّ به لغائبٍ، ثُمَّ أقرَّ به لحاضرٍ جاز، وإذا لم يَزُلْ مِلْكُه في الظاهرِ إلا بالتصديقِ كان أقلُّ أحوالِ ذلك أن يكونَ شُبْهةً، والقطعُ لا يَصِحُّ مع الشُّبْهةِ، فلذلك اعتُبِر حُضُورُه، وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: أقطَعُه[1].

وجهُ قولِه: أنَّه أقرَّ بوجوبِ الحدِّ، فجوازُ[2] أن يُكذِّبَه الغائبُ لا يمنَعُ مِن إقامةِ الحدِّ، أصلُه إذا أقرَّ بالزِّنى بامرأةٍ غائبةٍ أنَّ الحدَّ يُقامُ عليه في الحالِ، وإنْ جاز أن يحضُرَ فيَدَّعِيَ شُبْهةً يَسقُطُ الحدُّ.

قال: فإنْ وهَبها مِن السارقِ، أو باعَه[3] إيَّاها، أو نقَصتْ قيمتُها عن النِّصَابِ لم يُقطَعْ.

أمَّا الهبةُ والبيعُ فهو قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: إنْ كان بعدَ التَّرافُعِ لم يسقُطِ القطعُ[4]. وهو قولُ الشافعيِّ[5].

رقم ١٣٨٥). قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» (٢/ ٤٨٠): «غريب جدًّا». وقال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٣٧٤): «في إسناده: ابن لهيعة».

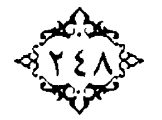
(١) في (ض): «لا يعتبر حضوره». وينظر: «التجريد» (١١/ ٥٩٧٧)، و«الهداية» (٢/ ١٢٧)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٢٧).

(٢) في (ي): «لجواز».

(٣) في (نسخة مختصر القدوري): «باعها».

(٤) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٩٨٨)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩٦)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٢٩)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٧١).

(٥) ينظر: «بحر المذهب» (١٣/ ٧٣)، و«البيان» (١٢/ ٤٨٢)، و«التنبيه» (ص ٢٤٥)، و«الغرر البهية» (٥/ ١٠٠).



وجهُ قولِهما: أنَّ الهبةَ والقبضَ[1] [2]سببٌ للتمليكِ[2] في العينِ المسروقةِ، فوجَب أن يسقُطَ القطعُ كما لو أقرَّ له بالعينِ أو قامتِ البَيِّنةُ أنَّها للسارقِ، ولأنَّ السببَ الذي وقعتِ العقوبةُ لأجلِه انتقَل المِلْكُ فيه إلى مَن وجَبتِ العقوبةُ عليه، فصار كمَن لزِمه قصاصٌ فورِثه.

فإن قيل: روِي: أنَّ صفوانَ بنَ أُمَيَّةَ نامَ في المسجدِ فسرَق سارقٌ رداءَه، فجاء به إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأمَر به أن تُقطَعَ يدُه، فقال صفوانُ: إنِّي لم أُرِدْ هذا، هو عليه صدقةٌ. فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلَّا قبلَ أن تأتيَني به؟»[3].

قيل له: هذا الخبرُ قد روِي بألفاظٍ مختلفةِ المعاني وأصلُه واحدٌ، فوجَب التَّوقُّفُ حتى يُعلَمَ أصلُه، ولو ثبَت لم يَكُنْ فيه دليلٌ؛ لأنَّه ليس فيه الخبرُ أنَّه أقبَضه الهبةَ، فمجردُ الهبةِ لا يُسقِطُ القطعَ حتى يُقبِلَ السارقُ ويَقبِضَ فيَملِكَ العينَ، ويَسقُطُ القطعُ بمِلْكِه.

وأمَّا إذا نقَصتْ قيمةُ العينِ عن النِّصابِ لم يُقطَعْ عندَ أبي يوسفَ حتى تكونَ كاملةً[4] نصابًا مِن يومِ الأخذِ إلى يومِ القطعِ، وعنه روايةٌ أُخرَى: أنَّه يُقطَعُ، وهو قولُ محمدٍ[5]. وبه قال الشافعيُّ[6].

---

(1) في (ل): «البيع».

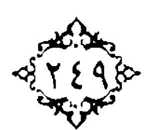
(2-2) في (ر، ش، غ): «سبب التمليك»، وفي (ي)، «يثبت التمليك».

(3) الحديث تقدَّم تخريجه. وقال في حاشية (ح): «رواه أبو داود، وابن ماجه، زاد النسائي في رواية: «فقطعه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»».

(4) في (ر): «كأصله».

(5) ينظر: «بدائع الصنائع» (7/ 79)، و«الهداية» (2/ 128)، و«تبيين الحقائق» (3/ 229).

(6) ينظر: «الحاوي» (13/ 301)، و«التنبيه» (ص245).



وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ بقاءَ العينِ مُعْتَبَرٌ في وُجُوبِ القطعِ؛ بدليلِ أنَّه لو وهَبها لم يُقطَعْ فيها، فإذا نقَصتْ قيمتُها فقد طرَأ على سببِ الحدِّ ما لو كان موجودًا في الابتداءِ مُنِع القطعُ لو أقرَّ بها السارقُ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ القطعَ يَتعلَّقُ بالإخراجِ مِن الحرزِ، فالنُّقْصانُ بعدَ ذلك لا يُؤَثِّرُ كنُقْصانِ الأجزاءِ.

قلنا: هذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الأجزاءَ الناقصةَ مضمونةٌ على السارقِ فكأنَّها باقيةٌ، وصار[1] تلفُ جزءٍ في العينِ كتَلَفِ جميعِها، وليس كذلك نُقْصانُ القيمةِ؛ لأنَّه ليس بمضمونٍ، فلا يكونُ بمنزلةِ الباقي.

قال: ومَن سرَق عَيْنًا فقُطِع فيها ورَدَّها، ثُمَّ عاد فسرَقها وهي بحالِها لم يُقطَعْ.

وقال زفرُ: يُقطَعُ. وعن أبي يوسفَ مثلُه[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

لنا: أنَّ القطعَ يَتعلَّقُ بالعينِ والفعلِ؛ بدليلِ أنَّ القطعَ متى سقَط لشُبْهةٍ وجَب ضمانُ العينِ، وإذا كان إيقاعُ الفعلِ في عينَيْن لا يَتعلَّقُ به إلا قطعٌ واحدٌ، كذلك إيقاعُ فعلَيْن في عينٍ واحدةٍ، ولأنَّه حدٌّ وجَب لهتكِ حُرْمةِ عينٍ، فتكرارُه فيها لا يَتعلَّقُ به أكثرُ مِن حدٍّ واحدٍ كالقذفِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنها عينٌ لو سرَقها غيرُ سارقِها قُطِع، فإذا سرَقها

(١) في (ح): «ضمان».

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٢٢)، و«العناية» (٥/ ٣٧٨)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٧١).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٣٦)، و«البيان» (١٢/ ٤٩٨).



سارقُها قُطِع، أصلُه الغزلُ إذا قُطِع فيه، ثُمَّ نُسِج[1]، وإذا سرَقها مِن مالكٍ آخرَ، قلنا: عندَنا بالنسجِ قد صار الغزلُ في حكمِ عينٍ أُخرَى، فلا نُسَلِّمُ أنَّ سارقَ الغزلِ هو سارقُ الثوبِ[2].

وأمَّا إذا سرَق مِن مالكٍ آخرَ، فأصحابُنا بالعراقِ لا يُسَلِّمونه، وبعضُ أصحابِنا بخُراسانَ يُسَلِّمُه ويُفَرِّقُ بأنَّ حرمةَ العينِ تكونُ بمالكِها، فصار اختلافُ المالكَيْنِ كاختلافِ العينَيْنِ[3].

قال: فإنْ تَغيَّرتْ عن حالِها مثلَ أن لو كان غزلًا فسرَقه فقُطِع فيه فرَدَّه، ثُمَّ نُسِج فعاد فسرَقه قُطِع.

وذلك لأنَّها بهذا الفعلِ صارَتْ في حكمِ عينٍ أُخرَى؛ بدليلِ أنَّ حقَّ مالكِها يسقُطُ عنها بذلك[4] إذا فعَله الغاصبُ فيها، ومَن قُطِع في عينٍ فسرَق غيرَها قُطِع.

قال: وإذا قُطِع السارقُ والعينُ قائمةٌ[5] رَدَّها، فإنْ كانَتْ هالكةً لم يضمَنْ.

أمَّا رَدُّ العينِ حالَ بقائِها؛ فلأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطَع سارقَ رداءِ صفوانَ ورَدَّ الرِّداءَ عليه، ولأنَّه ليس في ردِّ العينِ أمرٌ يُنافِي القطعَ، فجاز أن يجتمِعا، فإن كانَتْ هالكةً لم يضمَنْ، وقال الشافعيُّ: يضمَنُ[6].

---

(١) في (ي): «نسخ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٨٣)، و«التجريد» (١١/ ٦٠٠٨)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ١١٢).

(٣) في (س، ض، ي): «العين».

(٤) في (ي): «بدليل».

(٥) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «في يده».

(٦) ينظر: «الأم» (٤/ ١٤٢)، و«التهذيب» (٥/ ١٢٦).



لنا ما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «إذا قُطِع السارقُ فلا غُرْمَ عليه»[1]. ولأنَّ كلَّ أخذٍ يستقِرُّ به الضَّمانُ[2] لا يَتعلَّقُ بالبقاءِ عليه القطعُ أصلُه أخذُ الغاصبِ، فلو وجَب الضَّمانُ في مسألتِنا بالأخذِ لم يجتمِعْ معه القطعُ.

فإن قيل: القطعُ والقيمةُ حَقَّانِ لمُسْتَحِقِّينَ، فجاز اجتماعُهما في فعلٍ واحدٍ، أصلُه إذا قتَل صيدًا مملوكًا وجَب الجزاءُ والقيمةُ.

قيل له: إن أردتَ جوازَ اجتماعِ وُجُوبِهما قلنا بمُوجِبِه؛ لأنَّ السارقَ يجِبُ عليه القطعُ والضَّمانُ، فكلُّ واحدٍ مِن الأمرَيْن مُرَاعًى، فإذا اسْتَوفى القطعَ سقَط الضَّمانُ؛ لأنَّه يُنافِيه، وإن اسْتَوفى الضَّمانَ سقَط القطعُ، وإن أردتَ جوازَ اجتماعِ الاستيفاءِ انتقَض بمَن وجَب عليه القطعُ بالسَّرقةِ والقصاصِ، والقتلُ بالقصاصِ والرَّجمِ.

قال: فإنِ ادَّعى السارقُ أنَّ العينَ المسروقةَ مِلْكُه سقَط القطعُ، وإنْ لم يُقِمِ البيِّنَةَ.

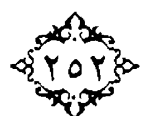
وذلك لأنَّ القطعَ موقوفٌ على الخصومةِ في إثباتِ المِلْكِ للمسروقِ منه، والقطعُ لا يقِفُ على خصومةٍ أُخرَى.

وقد قال أبو حنيفةَ: إنَّ المُؤجِّرَ إذا سرَق مِن المستأجرِ مِن الدارِ المستأجَرةِ قُطِع.

---

(١) أخرجه البزار (١٠٥٩)، والنسائي (٤٩٨٤)، والبيهقي (٨/ ٢٧٧) من طريق المسور بن إبراهيم، عن عبد الرحمن بن عوف. قال البزار: «مرسل عن عبد الرحمن، لأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن». وقال النسائي: «مرسل، وليس بثابت».

(٢) بعده في (ي): «و».



وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا قطعَ عليه[1]. وهو قولُ الشافعيِّ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ المستأجرَ أخصُّ بالحرزِ مِن المُؤجِّرِ بدلالةِ أنَّ له منعَه مِن دُخُولِه، فصار كالسارقِ مِن مِلْكِ غيرِه.

وجهُ قولِهما: أنَّ الحرزَ مِلْكُه، فلا يجِبُ بالسرقةِ منه قَطْعٌ كسرقةِ المالِ المشتركِ.

قيل له: مِلْكُ الحرزِ هو كثبُوتِ حقِّه في دُخُولِ المسجدِ، وإنْ وجَب عليه القطعُ بالسرقةِ منه[3]، وأمَّا إذا سرَق المُستأجِرُ مِن المُؤجِّرِ وجَب القطعُ في قولِهم؛ لأنَّه لا شُبْهةَ له في الحِرْزِ ولا في المالِ، فلزِمه القطعُ.

وقد قال أبو حنيفةَ: في الطَّرَّارِ إذا طَرَّ الدَّراهمَ: فإنْ كانَتْ مَصْرورةً في داخلِ الكُمِّ قُطِع، وإنْ كانَتْ في ظاهرِ الكُمِّ لم يُقطَعْ.

وقال أبو يوسفَ: يُقطَعُ في الوجهَيْن[4].

وكان الشيخُ أبو بكرٍ الرَّازي يُفسِّرُ قولَ أبي حنيفةَ: بأنَّه متى كان الرِّباطُ لو حَلَّ حصَلتِ الدَّراهمُ على ظاهرِ الكُمِّ لم يُقطَعْ؛ وإنْ حصَلتْ داخلَ الكُمِّ قُطِع[5].

ووجهُ ذلك: أنَّ الكُمَّ هو الحرزُ، فإذا كانَتْ بحيثُ لو حُلَّتْ كانَتْ مِن داخلِه

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٧٥).

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ٣٦٢)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٤٩).

(٣) ليس في (ي)، وفي (ض): «عنه».

(٤) ينظر: «الأصل» (٧/ ٢٤٥)، و«المبسوط» (٩/ ١٦٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٧٦).

(٥) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٦١)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٢٣)، و«العناية» (٥/ ٣٩١)، و«البناية» (٧/ ٤٦).



فهو مأخوذٌ مِن حرزٍ فيُقطَعُ، ومتى كانَتْ على ظاهرِ الكُمِّ فذلك الموضعُ ليس بحرزٍ؛ ألَا تَرى أنَّ الأخذَ منه لا يَقِفُ على إدخالِ يدِه في الكُمِّ، والأخذُ مِن غيرِ حرزٍ لا يَتعلَّقُ به قطعٌ.

وكان ابنُ أبي مالكٍ، ذكَر عن أبي يوسفَ تفسيرَ قولِ أبي حنيفةَ، فيقولُ: إذا كانَتْ مَصْرورةً مِن خارجِ قُطْرِها مِن خارجٍ قُطِع؛ وإنْ كانَتْ مِن داخلِ الكُمِّ فلا يُقطَعُ إلا أنْ يُدخِلَ يدَه في الكُمِّ(1).

وهو خلافُ الأولِ، والوجهُ فيه أنَّها إذا كانَتْ مربوطةً خارجَ الكُمِّ فليس الكُمُّ حرزًا لها؛ ألَا ترى أنَّ أخذَها لا يَقِفُ على إدخالِ اليدِ في الكُمِّ، وإنما حرزُها بالرِّباطِ فصار كالكيسِ يُعلِّقُه على كُمِّه، فإذا أخذه قُطِع، وأمَّا إذا كانَتْ داخلَ الكُمِّ فحِرْزُها الكُمُّ، فما لم يُدخِلْ يدَه في الكُمِّ لا يُقطَعُ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الرِّباطَ حرزٌ لها، وأخذُها ليس بأكثرَ مِن دراهمَ بقُرْبِه موضوعةً بينَ يدَيهِ فيَجِبُ فيها القطعُ.

قال: وإذا خرَج جماعةٌ مُمْتنعِينَ، أو واحدٌ يقدِرُ على الامتناعِ فقصَدوا قطعَ الطريقِ، فأُخِذوا قبلَ أن يأخُذُوا مالًا، أو يَقْتُلوا نفسًا حبَسهم الإمامُ حتى يُحْدِثوا توبةً.

والأصلُ في حَدِّ قاطعِ الطريقِ قولُه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِي ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: 33].

---

(1) ينظر: «المبسوط» (9/ 161)، و«بدائع الصنائع» (7/ 76).



فكلُّ مَن قصَد قطعَ الطريقِ وهو يُمكِنُه أن يحميَ نفسَه فقد تناوَلتْه الآيةُ؛ لأنَّه ساعٍ في الأرضِ بالفسادِ ومُحارِبٌ، والمرادُ مِن الآيةِ محاربةُ أولياءِ اللَّهِ تعالى؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى يستحيلُ أنْ يُحارَبَ، فحذَف المضافَ وأقامَ المضافَ إليه مقامَه.

وقد قيل: المرادُ أنَّهم في حكمِ المُحارِبينَ للَّهِ تعالى لمَّا تَجبَّروا[1] وامتَنعوا وتظاهَروا على خلافِ أمرِه، وهذا اتِّساعٌ في الكلامِ واستعارةٌ، وهو جائزٌ سائغٌ في الكلامِ.

وقد قال بعضُ الناسِ: إنَّ الآيةَ خاصةٌ في المُرتدِّين.

وليس بصحيحٍ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى علَّق القتلَ بإظهارِ الفسادِ وبالمحاربةِ، وقتلُ المُرتدِّين لا يقِفُ على ذلك؛ لأنَّ الآيةَ تقتضِي أنَّه يجوزُ أن يُقتصَرَ فيه على النفيِ وعلى قطعِ اليدِ، وذلك لا يكونُ في المرتدِّ، ولأنَّ الآيةَ تقتضِي سُقوطَ الحدِّ عنه بالتوبةِ قبلَ القُدْرةِ عليه، والمرتدُّ يسقُطُ عنه القتلُ بالتوبةِ قبلَ القُدْرةِ عليه وبعدَها، فدلَّ أنَّها تتناولُ غيرَ المُرتدِّين.

وقد رُوِي أنَّ سببَ نزولِها ما كان فعَله النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالعُرَنِيِّين[2].

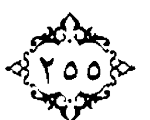
وليس بصحيحٍ؛ لأنَّ الآيةَ نزَلتْ بعدَ ما أمضَى الحكمَ فيهم، فيَسْتحِيلُ أن يكونَ حكمُهم مُسْتَفادًا بالآيةِ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمَلَ أَعْيُنَهم[3]، وليس

---

(١) في (أ): «تحيروا»، وفي (ر، س، غ، ق): «تحيزوا»، وفي (ل): «تخيروا».

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٠٣)، ومسلم (١٦٧١/ ٩) من حديث أنس. وينظر: «سنن أبي داود» (٤٢٧٠)، و«سنن النسائي» (٤٠٢٥، ٤٠٤٢)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٨٢، ٢٨٣).

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٧): «سَمَلَ أَعْيُنَهم بالسين المهملة، والميم، =



ذلك في الآيةِ، وفي الآيةِ الصَّلْبُ ولم يفعَلْه بهم.

وقد روِي أنَّ سببَ نُزُولِها: «أنَّ قومًا خرَجوا إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليُسْلِموا فقتَلهم أصحابُ أبي بُرْدةَ[1] الأَسْلمِيِّ، وكان مُوادِعًا للنبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأخَذوا أموالَهم»[2]، وأيُّ ذلك كان فإنَّه لا يوجِبُ أن يُقْتصَرَ بالحكمِ على السببِ، بل الحكمُ عندَنا يَتعلَّقُ بعمومِ اللفظِ لا بخصوصِ السببِ، واللفظُ عامٌّ في المسلمِ والكافرِ، فحُمِل على عُمُومِه.

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا أُخِذوا قبلَ أن يأخُذوا مالًا وقبلَ أن يَقْتُلوا نفسًا حبَسهم الإمامُ حتى يُحدِثوا توبةً؛ لأنَّهم هَمُّوا بالمعصيةِ، فلا يلزَمُهم القتلُ بذلك كالعزمِ على سائرِ المعاصِي، بل يُحبَسُوا، وهذا معنى قولِه: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣].

وقال الشافعيُّ: النفيُ طلبُ قاطعِ الطريقِ ليُقامَ عليه الحدُّ، أو يُحبَسَ إنْ كان لم يفعَلْ شيئًا، فكلَّما خرَج إلى بلدٍ طُلِب فيه حتى يَلتحِقَ بدارِ الحربِ[3].

والـلام، والفتحات: أي فقأها بحديدة محماة أو غيرها. وقيل: فقؤها بالشوك، هو بمعنى سَمَرَ بالراء المهملة».

(١) في (أ، س): «برزة».

(٢) ينظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٤/ ٥٣)، و«تفسير الثعلبي» (٤/ ٥٥)، و«تفسير البغوي» (٣/ ٤٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٧): «مُوَادِعًا: الموادعة مفاعلة من الودع، بمعنى الترك؛ لأنه ترك قتالهم».

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ١٦٤)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٥٥)، و«البيان» (١٢/ ٤٩٩)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ١٥٨).

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ إخراجَ المسلمِ مِن دارِ الإسلامِ تعريضًا له بالكفرِ والرِّدَّةِ، وذلك لا يجوزُ؛ ولأنَّه فعَل فعلًا منكرًا لا حَدَّ فيه، وعقوبةُ مثلِ ذلك التعزيرُ والحبسُ، فإذا حمَلْنا النفيَ على ذلك فقد حمَلْنا الآيةَ على ما تشهَدُ له الأصولُ، والطلبُ لا يشهَدُ له أصلٌ، وحملُ الآيةِ على شواهدِ الأصولِ أَوْلَى.

فإنْ قيل: الحبسُ لا يُسَمَّى نَفْيًا، وإنما النفيُ الإبعادُ وهو ما نقولُه.

قيل له: الحبسُ قد يُسَمَّى نَفْيًا، وقد قال عليُّ بنُ الجهمِ في ذلك[1]:

خرَجْنا مِن الدُّنيا [2]ولَسْنا مِن[2] أهلِها فلا نحنُ في الأحياءِ فيها ولا الموتى

إذا جاءَنا السَّجَّانُ يومًا لحاجةٍ عجِبْنا وقلْنا جاءَ هذا مِنَ الدُّنيا

وهو أيضًا إبعادٌ؛ ألَا ترى أنَّ المحبوسَ ممنوعٌ مِن جميعِ الأماكنِ التي[3] يَتمكَّنُ مِن القطعِ فيها، فكان أبلغَ في الإبعادِ مِن النفيِ؛ لأنَّه يقطعُ في كلِّ موضعٍ يحصُلُ فيه.

---

(١) البيتين من الطويل، وقد وردا في «إنباه الرواة» (١/ ٦٢)، و«معجم الأدباء» (٣/ ١٥٥) منسوبين لصالح بن عبد القدوس، وفي «المحاسن والأضداد» (ص٧١) لعبد اللَّه بن معاوية، وفي «مروج الذهب» (٤/ ٢٥٦) للفضل بن يحيى، وفي «رسالة الغفران» (ص١٤٢) لولد صالح، وفي «عيون الأخبار» (١/ ١٥٢)، و«أنس المسجون» (ص١٣٢، ١٣٣) من غير نسبة لقائل، وفي «مقدمة اللزوميات» (ص٢٧) لرجل يقال إنه من ولد صالح بن عبد القدوس، كان في السجن على عهد بني العباس، ومطلع القصيدة:

إلى اللَّهِ أشكو إنَّه مَوضِعُ الشَّكوى وفي يدِهِ كشفُ المَضرَّةِ والبلوى

(٢-٢) في (ر): «ومن بين»، وفي بعض مصادر التخريج: «ونحن من». وينظر: «بهجة المجالس» (ص١٩٥).

(٣) في (ح، ج، ي): «الذي».



قال: فإن أخذوا مالَ مسلمٍ أو ذِمِّيٍّ، والمأخوذُ إذا قُسِمَ على جماعتِهم أصابَ كلَّ واحدٍ منهم عشرةُ دراهمَ فصاعدًا، أو ما قيمتُه ذلك، قطَع الإمامُ أيديَهم وأَرْجُلَهم مِن خلافٍ.

والكلامُ في هذه الجملةِ يقعُ في مسائلَ[1]:

منها: أنَّ قطعَ الطريقِ على الذِّمِّيِّ يتعلَّقُ به الحدُّ كالمسلمِ؛ لأنَّ مالَ الذِّمِّيِّ محظورٌ على التأبيدِ فصار كمالِ المسلمِ.

ومنها: اعتبارُ النِّصابِ وهو عشرةٌ، وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: عشرون[2].

وجهُ قولِ أصحابِنا: أنَّ حدَّ قاطعِ الطريقِ وجَب صيانةً للأموالِ، يُبَيِّنُ ذلك أنَّ قاطعَ الطريقِ لا يخرُجُ للقتلِ، بل لأخذِ المالِ؛ وإنما يَقتُلُ ليَتمكَّنَ مِن المالِ، والحدُّ الذي يجِبُ لأجلِ المالِ يُعتبَرُ فيه نصابٌ ويَتقدَّرُ بعشَرةٍ، أصلُه السرقةُ.

وجهُ قولِ الحسنِ: أنَّ في السرقةِ يُقطَعُ طرفٌ واحدٌ بعشَرةٍ، فإذا كان قاطعُ الطريقِ قُطِع طرَفاه وجَب أن يشترِطَ نِصابَيْن.

ومنها: أنَّ الأحكامَ المذكورةَ في الآيةِ على الترتيبِ لا على التَّخْييرِ، وإنْ كان ظاهرُ اللفظِ التَّخْييرَ، وقد روَى عطيةُ العَوْفيُّ، عن ابنِ عباسٍ: «أنَّ الحدَّ على الترتيبِ»[3]. وعن إبراهيمَ مثلُه[4].

---

(١) في (ح): «مواضع»، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٩٢)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٣٦).

(٣) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩٦٢٦، ٣٣٤٦٢)، و«تفسير ابن جرير» (٨/ ٣٧٣)، و«الأوسط» لابن المنذر (٩٠٩٨)، و«سنن البيهقي» (٨/ ٢٨٣)، و«التفسير الوسيط» (٢/ ١٨١).

(٤) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٩٦٢٤، ٣٣٤٦٤)، و«تفسير ابن جرير» (٨/ ٣٧٣).

ولأنه لو كان على التَّخْييرِ جاز للإمامِ أنْ يقتصرَ على النفيِ في حدِّ القاتلِ الآخذِ للمالِ، وهذا لا يقولُه أحدٌ، ولأنَّ مَن خرَج ولم يفعَلْ شيئًا فقد هَمَّ بالمعصيةِ، وذلك لا يوجِبُ القتلَ كالعزمِ على سائرِ المعاصي.

وإذا ثبت أنَّ سائرَ أحكامِ الآيةِ ليسَتْ على التَّخْييرِ صار التقديرُ: أنْ يُقتَلوا إنْ قَتَلوا، أو يُصْلَبوا إن قتَلوا وأخَذوا المالَ، أو تُقْطَعَ أيدِيهم وأرجلُهم إنْ أخَذوا المالَ، أو يُنْفَوا مِن الأرضِ إذا خافُوا[1] السبيلَ، وهذا معنًى صحيحٌ؛ لأنَّه إذا أخذ المالَ خاصةً كان حَدُّه القطعَ كما يكونُ في غيرِ قاطعِ الطريقِ، إلا أنَّه يُغَلَّظُ في حقِّ قاطعِ الطريقِ، وإن قتَلوا تعلَّق به القتلُ اعتبارًا بالقصاصِ، فإنْ قتَلوا وأخَذوا المالَ وجَب عليهم القطعُ والقتلُ، فيَتعلَّقُ كلُّ واحدٍ بنوعِه مِن الأفعالِ.

قال: وإنْ قتَلوا ولم يأخُذوا مالًا قتلَهم الإمامُ حَدًّا، فإنْ عَفا الأولياءُ عنهم لم يُلْتفَتْ إلى عَفْوِهم.

لأنَّ هذا الحدَّ ثبَت بحقِّ اللَّهِ تعالى، وما وجَب[2] لحقِّ اللَّهِ تعالى لا يُؤثِّرُ فيه عفوُ الآدميِّ.

وقد قالوا: ليس للإمامِ أيضًا تركُه إذا ثبَت عندَه؛ لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا يَنْبغِي لوالي حدٍّ إذا أُتِي في حَدٍّ مِن حدودِ اللَّهِ تعالى إلا أقامَه»[3]. وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تعافَوا الحدودَ فيما بينكم، فإذا رُفِعَ إلى الإمامِ فلا عفَا اللَّهُ عنه إنْ عفَا»[4].

(١) في (ج، ر): «أخافوا».

(٢) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «ثبت».

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود (٤٣٧٦)، والنسائي (٤٨٨٥، ٤٨٨٦) من حديث عبد اللَّه بن عمرو؛ بلفظ: =



قال: وإنْ قتَلوا وأخَذوا مالًا، فالإمامُ بالخيارِ إنْ شاءَ قطَع أيديَهم وأرجُلَهم[1]، وقتَلهم وصلَبهم، وإنْ شاءَ قتَلهم، وإنْ شاءَ صلَبهم.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وزفرَ، وقال أبو يوسفَ: لا أُعْفِيه مِن الصَّلْبِ.

وقال محمدٌ: لا يُقطَعُ ولكن يُقتَلُ ويُصلَبُ[2]. وهو قولُ الشافعيِّ[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ في القطعِ: أنَّ القطعَ والقتلَ في قاطعِ الطريقِ حدٌّ واحدٌ؛ بدلالةِ أنَّهما يجبانِ لمعنًى واحدٍ، وهو مما يحصُلُ مِن إخافةِ السَّبيلِ وإفسادِ الأرضِ، ولأنَّه يَقتُلُ ليتمَكَّنَ مِن أخذِ المالِ، وإذا كان ذلك [4]حدًّا واحدًا[4] لم يَقُمْ بعضُه مقامَ بعضٍ، كالجلداتِ في حدِّ[5] الزاني.

فإن قيل: لو كان كذلك لم يَجُزْ للإمامِ أنْ يَقتصِرَ على القتلِ.

قيل له: لا يجوزُ إلا أنَّ الترتيبَ لا يجِبُ على الإمامِ، فإذا ابتَدأ بالقتلِ سقَط القطعُ مِن طريقِ الحكمِ لتَعَذُّرِه.

«تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٧): «تَعَافوا بفتح الفاء: تفاعل من العفو، الذي هو التجاوز عن الذنب، وترك المطالبة به والعقاب عليه».

(١) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «من خلاف».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٤٢)، «الهداية» (٢/ ١٣٣، ١٣٢)، و«العناية» (٥/ ٤٢٥)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٧٢).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٥٧)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٣٠٤)، و«البيان» (١٢/ ٥٠٧).

(٤) في (أ، ج، ح، س، ع، غ، ق، ل، ي): «حد واحد».

(٥) في (أ، ح، ر، ل): «حق».



وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ ما دونَ النفسِ والنفسَ[1] إذا اجتَمعا لحقِّ اللَّهِ تعالى يَسقطُ اعتبارُ ما دونَ النفسِ، أصلُه السارقُ إذا زَنى وهو محصنٌ.

الجوابُ: أنَّ الزانيَ السارقَ[2] اجتَمع فيه حَدَّانِ فتداخَلا، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأنَّه حدٌّ واحدٌ على ما بَيَّنَّا فلا يقومُ بعضُه مقامَ بعضٍ.

وقد قال زفرُ: إنْ قتَل، ثُمَّ أخَذ المالَ لم يُقطَعْ؛ لأنَّه أخَذ المالَ على وجهِ المغالبةِ، فصار كمَن أخَذ مالًا مِن مفازةٍ ليس عندَه أحدٌ، وإنْ أخَذ المالَ، ثُمَّ قتَل جُمِعَ بينَ القطعِ والقتلِ؛ لأنَّه وجَب عليه القطعُ بالأخذِ، ثُمَّ لزِمه القتلُ بالقتلِ فجُمِعَ بينَهما[3].

وأمَّا جوازُ تركِ الصَّلْبِ؛ فوجهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يَصْلُبِ العُرَنِيِّين مع تَنْكيلِه بهم، ولأنَّ المقصودَ القتلُ، وقد حصَل فلا معنى لاعتبارِ غيرِه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ اللَّهَ تعالى قد نصَّ على الصَّلْبِ، فدَلَّ على أنَّه مقصودٌ فلا يجوزُ تركُه كما لا يجوزُ تركُ غيرِه مما نُصَّ عليه.

قال: يُصْلَبُ حيًّا، ويُبْعَجُ[4] بطنُه برُمْحٍ إلى أن يموتَ.

ذكَر ذلك الشيخُ أبو الحسنِ، وحكاه عن أبي يوسفَ، وقد ذكَر الطَّحاويُّ:

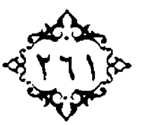
---

(١) في (ل): «أصله النفس».

(٢) بعده في (ي): «إذا».

(٣) ينظر: «النتف» (٢/ ٦٥٤)، و«المبسوط» (٩/ ١٤٨)، و«الاختيار» (٤/ ١١٣).

(٤) في (ل): «ينطح».



أنَّ الصَّلبَ بعدَ القتلِ عندَ أبي حنيفةَ[1]، وبه قال الشافعيُّ[2].

وجهُ ما ذكَره الطَّحاويُّ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهَى عن المُثْلةِ»[3]، ولأنَّ في صَلْبِه حَيًّا زيادةً في المُثْلةِ على ما ورَد به الشرعُ، فلم يَجُزْ فعلُه كما لا يجوزُ تركُه حيًّا مصلوبًا حتى يموتَ.

وجهُ ما ذكَره في «الكتابِ»: أنَّ اللَّهَ تعالى نصَّ على الصَّلْبِ في جملةِ الحدِّ، وما كان حدًّا فالواجبُ فعلُه في حالِ الحياةِ كغيرِ ذلك مما نصَّ عليه.

قال: ولا يُصْلَبُ أكثرَ مِن ثلاثةِ أيامٍ.

لأنَّ المقصودَ منه إشهارُ أمرِه ليقعَ به الزَّجرُ، وذلك يحصُلُ بثلاثةِ أيامٍ، وبعدَ ذلك يَتغيَّرُ فيَستضِرُّ به الناسُ، فكان دَفْنُه أَوْلَى.

قال: وإنْ كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ أو ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ مِن المقطوعِ عليه سقَط الحدُّ عن الباقِين، وصار القتلُ إلى الأولياءِ؛ إن شاؤُوا قتَلوا، وإنْ شاؤُوا عَفَوْا.

وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، وزفرَ، ومحمدٍ.

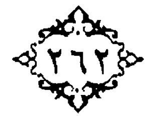
وقال أبو يوسفَ: إنْ باشَر الصبيُّ والمجنونُ الأخذَ فلا حدَّ على الباقِين،

---

(1) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٤٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٥٦)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩٥)، و«الهداية» (٢/ ١٣٣).

(2) ينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٥٧، ٣٧٤)، و«المهذب» (٣/ ٣٦٧).

(3) ذكره البخاري بعد حديث (٤١٩٢) عن قتادة قال: بلغنا: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد ذلك كان يحث على الصدقة، وينهى عن المثلة». ووصله أبو داود (٤٣٦٨)، والنسائي (٤٠٤٧) من طريق هشام، عن قتادة، عن أنس.



وإنْ باشَر الفعلَ الأجنبيُّ البالغُ أُجرِيَ عليه الحدُّ[1].

وجهُ قولِهم: أنَّ المعاونةَ في المحاربةِ بمنزلةِ المباشرةِ بدليلِ جَرَيانِ الحدِّ على المعينِ، فصار حُضُورُ الصبيِّ كمُباشرتِه، فسقَط الحدُّ عن جماعتِهم؛ لأنَّ الصبيَّ لا يلزَمُه الحدُّ، فقد شارَكهم في سببِ الحدِّ مَن لا حدَّ عليه بنفسِ الفعلِ، فصار شُبْهةً في سُقُوطِ الحدِّ عن جماعتِهم كالمخطئِ والعامدِ إذا اشتَركا.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الحدَّ بالقتلِ وأخذِ المالِ، وقد حصَل ذلك بفعلِ البالغِ؛ فحُضُورُ الصبيِّ كلا حُضُورٍ، وليس كذلك إذا باشَر الفعلَ الصبيُّ؛ لأنَّه لمَّا لم يَتعلَّقْ بفعلِه حدٌّ صار شُبْهةً في سُقُوطِ الحدِّ عن الباقِين.

وكان الشيخُ أبو بكرٍ الرازي يقولُ: إنَّ قولَه: أو كان فيهم ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ. محمولٌ على أنَّ المالَ المأخوذَ مُشتَركٌ بينَ مَن قطَع عليهم، فإن كان لكلِّ واحدٍ منهم مالٌ معروفٌ، فإنَّ الحدَّ يجرِي عليهم؛ لأنَّ الأخذَ[2] مِن ذي الرَّحِمِ لا يَتعلَّقُ به حدٌّ، والأخذُ مِن غيرِه يَتعلَّقُ به الحدُّ وهو أخذٌ مفردٌ، فصار كجماعةٍ سرَقوا مالًا لأحدِهم فيه شركةٌ، وإذا سقَط الحدُّ عنهم إذا كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ بقِي حقُّ الآدميِّ، فإنْ كان قُتِلَ عمدًا وجَب القصاصُ، وإنْ كان غيرَ ذلك وجَبتِ الدِّيَةُ، وإن كان الأخْذُ لمالٍ تعلَّق به الضمانُ[3].

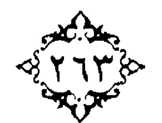
قال: وإنْ باشَر الفعلَ واحدٌ منهم أُجرِي الحدُّ على جماعتِهم.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٩٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩١)، و«الاختيار» (٤/ ١١٦).

(٢) في (ر): «الحد».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٤٩)، و«أحكام القرآن» (٥/ ١٩٩).



وقال الشافعيُّ: على المباشرِ خاصةً[1].

لنا: أنَّه حكمٌ يَتعلَّقُ بأخذِ مالٍ على وجهِ المغالبةِ، فاسْتَوى فيه المباشرةُ والردُّ كالغنيمةِ.

فإن قيل: حدٌّ يجِبُ بارتكابِ معصيةٍ، فلا يجِبُ على المُعِينِ كحدِّ الزِّنى.

قيل له: المقصودُ مِن أسبابِ هذا الحدِّ اللَّذَّةُ، وذلك لا يحصُلُ للمُعِينِ، والمقصودُ مِن قطعِ الطريقِ يُوجَدُ مِن المُعِينِ، وهو التَّمكُّنُ فجرَى عليه الحدُّ.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: لا يجرِي حدُّ قاطعِ الطريقِ على مَن أخَذ المالَ في المصرِ ليلًا ونهارًا[2].

وقد قال أبو يوسفَ: الأمصارُ وغيرُها سواءٌ إذا كانَتْ لهم غَلَبةٌ. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجهُ قولِهما: أنَّ الأمصارَ يَلحَقُ الغَوْثُ فيها غالبًا، فيَخرُجُ الفعلُ مِن حدِّ المغالبةِ، ويصيرُ كالانتهابِ فلا يَتعلَّقُ به الحدُّ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه حدٌّ فيَسْتوِي في سببِه المصرُ وغيرُه كالزِّنى.

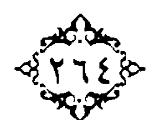
الجوابُ: أنَّ عندَنا لا يختلِفُ بالمصرِ وغيرِه، وإنما يختلِفُ بالتَّمكُّنِ والغلبةِ، وذلك يحصُلُ في غيرِ المِصْرِ، فتعلَّق به الحدُّ.

---

(١) ينظر: «نهاية المطلب» (١٧/ ٢٣٧).

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٤٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٠٧٢)، و«المبسوط» (٩/ ٢٠٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩٠)، و«فتح القدير» (٥/ ٤٣١، ٤٣٢).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ١٦٤)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٦٠)، و«بحر المذهب» (١٣/ ١٠٩، ١١٠)، و«حلية العلماء» (٨/ ٨٥).



والمشهورُ عندَ أصحابِنا: أنَّ المرأةَ لا يجرِي عليها حدُّ قاطعِ الطريقِ[1].

وقال الطَّحاويُّ: النساءُ كالرجالِ[2]. وهو قولُ الشافعيِّ[3].

وجهُ قولِهم: أنَّ الحدَّ يَتعلَّقُ بالمحاربةِ والمغالبةِ، وفعلُ المرأةِ فيما يَتعلَّقُ به المغالبةُ لا حكمَ له، أصلُه إذا حضرتِ الوقعةَ أنَّه لا يُسهَمُ لها وإنْ قاتَلتْ.

وجهُ ما ذكَره الطَّحاويُّ: أنَّ الحدَّ لا يختلِفُ فيه الرجلُ والمرأةُ كسائرِ الحدودِ.

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا شارَكها غيرُها سقَط عنه الحدُّ؛ لأنَّه شارَكه في سببِ الحدِّ مَن لا حدَّ عليه بنفسِ الفعلِ.

وعلى قولِ أبي يوسفَ: عليه الحدُّ إنْ باشَر الرجلُ الأخذَ كما بَيَّنَّاه في الصبيِّ والمجنونِ.

قال: وإذا تابَ قاطعُ الطريقِ قبلَ أن يُقدَرَ عليه سقَط الحدُّ عنه.

لقولِه تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [التوبة:٣٤].

ولِما روِي أيضًا: «أنَّ حارثةَ بنَ بدرٍ[4] قطَع الطريقَ، ثُمَّ تابَ قبلَ أن يُقدَرَ عليه، فكتَب عليُّ بنُ أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى عاملِ البصرةِ: إنَّ حارثةَ بنَ بدرٍ[5]

---

(١) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٠٧٤)، و«المبسوط» (٩/ ١٩٧)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٤٩) و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩١).

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٥٠).

(٣) ينظر: «الأم» (٤/ ٣١٢)، و«الحاوي» (١٣/ ٣٧٥)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٣٠٢).

(٤) في (ر، ي): «يزيد».

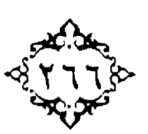
(٥) في (ي): «يزيد».



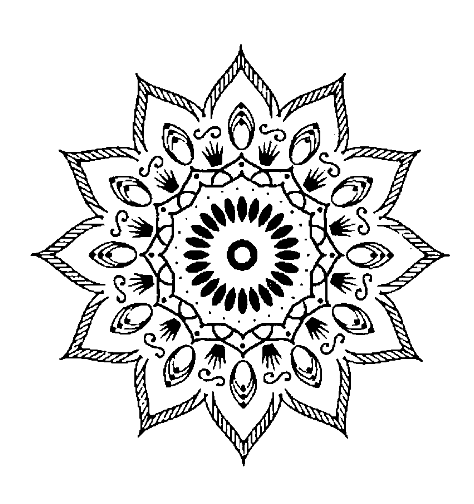
خرَج محارِبًا للَّهِ ولرسولِه، ثُمَّ تابَ وأصلَح قبلَ أن يُقدَرَ عليه، فلا تَتعرَّضْ له إلا بخيرٍ»[1].

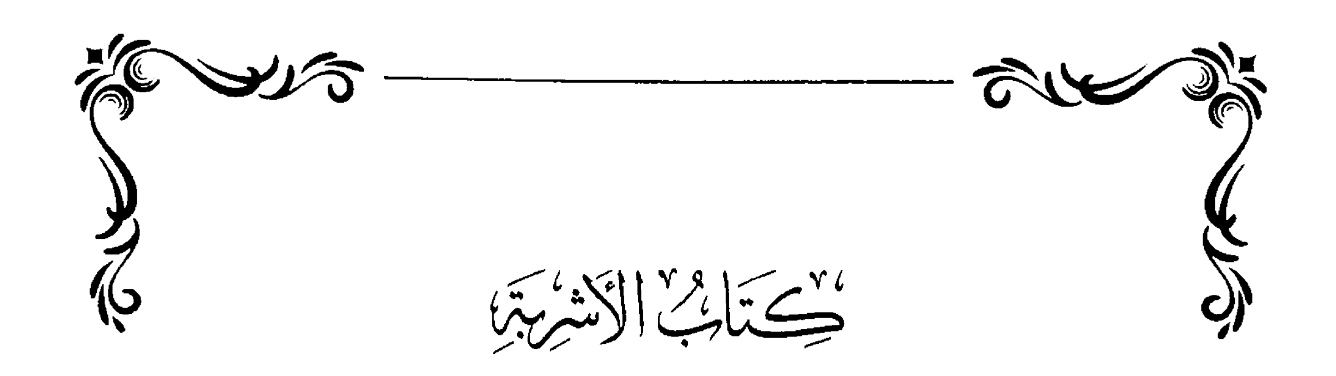
واللهُ أعلم

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٤٥٩، ٣٣٤٦٠).



كِتَابُ الأَشْرِبَةِ





كتاب الأشربة

اعْلَم أن الكلامَ في هذا الكتابِ[1] يَقعُ [2]في بيانِ[2] ما ورَد الشرعُ بتحريمِه مِن الأشربةِ، وما بَقِي على إباحتِه في الأصلِ.

اعْلَمْ أن الأشياءَ كلَّها عندَنا على الإباحةِ في الأصلِ، إلَّا ما كان فيه إدخالُ ضررٍ على حيوانٍ، والأشربةُ كلُّها مباحةٌ بالعقلِ، إلَّا ما ورَد الشرعُ بتحريمِه.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأشربةُ المحرَّمةُ أربعةٌ؛ الخمْرُ، وهي عصيرُ العِنَبِ إذا غَلا واشْتَدَّ وقذَف بالزَّبَدِ[3]، والعصيرُ إذا طُبِخ حتى يذْهَبَ أقلُّ مِن ثُلُثَيْه، ونَقِيعُ التمْرِ والزبيبِ إذا اشْتَدَّ.

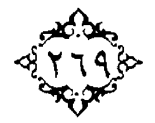
والأصلُ في تحريمِ الخمرِ ما رُوِي أن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: «اللَّهُمَّ بيِّنْ لنا في الخمْرِ بيانًا شافيًا. فنزَل قولُه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩]. فقال: اللَّهُمَّ بيِّنْ لنا بيانًا شافيًا. فنزَل قولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأعراف: ٣٣]. فقال: اللَّهُمَّ بيِّن لنا بيانًا شافيًا. فنزَل قولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ

---

(١) في (أ٢): «الباب».

(٢-٢) بعده في (ش): «مرتبًا على».

(٣) الزبد بفتحتين: من البحر وغيره كالرغوة، وأزبد إزبادًا قذف بزبده. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٥٠).



﴿وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]، إلى قوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١]. فقال عمرُ: انْتَهَيْنَا»[1].

ولأن تحريمَ الخمرِ معلومٌ مِن دِينِ النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضرورةً، وأنه كان يَدْعُو إلى ذلك ويَتَدَيَّنُ به، كما عُلِم مِن دِينِه وجوبُ الصلاةِ وصومُ رمضانَ.

فأما صفتُها: فالذي ذكَره في الكتابِ هو قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هي خمْرٌ إذا اشتَدَّ، وإن لم تَقْذِفْ بالزَّبَدِ[2].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٧٠)، والترمذي (٣٠٤٩)، والنسائي (٥٥٤٠). وعندهم الآية الثانية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء:٤٣]. ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٢٠٧)، و«مسند الفاروق» (٢/ ٥٦٦، ٥٦٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٨): «المَيْسِر بفتح الميم، وكسر السين المهملة، وآخره راء مهملة: القِمار بكسر القاف. وفي المغرب: قمار العرب بالأزلام». ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٩٧).

وقال: «الأنْصاب بالنون، والصاد المهملة، وآخره باء موحدة: جمع نُصُب بضم النون، والصاد، وسكون الصاد أيضًا؛ وهي حجارة تنصب، كان منها حول الكعبة ثلاثمئة وستون، وكان أهل الجاهلية يعظمونها، ويذبحون عليها لآلهتهم، ولها أيضًا، وتلطخ بالدماء، وتوضع عليها اللحمة قطعًا قطعًا ليأكل منها الناس، وقيل: الأنصاب الأصنام».

وقال: «الأزْلام بالزاي المعجمة: جمع زَلَم بفتح الزاي، والضم لغة، وهي: سهام لم ترش، كانت العرب في الجاهلية يكتبون عليها الأمر والنهي؛ افعل، ولا تفعل. وكان الرجل منهم يضعها في وعاء، فإذا أراد سفرًا أو أمرًا مهمًا، أدخل يده فأخرج منها زلمًا، فإن خرج الأمر مضى لشأنه، وإن خرج النهي كف عنه ولم يفعله».

وقال في (ص ٢٤٩): «الرِّجْس بكسر الراء المهملة، وسكون الجيم، وآخره سين مهملة: يقال للحرام، كما يقال للمستقذر».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢٤/ ١٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٢٥)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١١٢).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الأصلَ في العصيرِ الإباحةُ، والتحريمُ يثبُتُ بدليلٍ شرعيٍّ، وقد دلَّتِ الدلالةُ على تحريمِه إذا قذَف بالزَّبَدِ، وما قبْلَ ذلك على أصلِ الإباحةِ؛ ولأنها لم تَبْلُغْ غايتَها، والحدُّ يَجِبُ بالمقصودِ مِن كلِّ نوعٍ، فما لم يَبْلُغِ الغايةَ بقذْفِ الزَّبَدِ، فهي كحالِها قبْلَ الغَلَيانِ، فلا يَجِبُ الحدُّ.

وجْهُ قولِهما: أن الحدَّ يتعلَّقُ بحدوثِ الشدَّةِ وذلك موجودٌ إذا غلا العصيرُ، فأما قذْفُه بالزَّبَدِ فإنما يُعتَبَرُ لِيَرِقَّ ويَصْفُوَ، وعدمُ هذا المعْنى لا يَمْنَعُ التحريمَ.

وإذا عَرَفْنا الخمْرَ على القولَيْنِ جميعًا، وعرَفْنا تحريمَها؛ قُلنا: إن التحريمَ يتعلَّقُ بقليلِها وكثيرِها صِرْفًا وممزوجةً لِعمومِ الدلالةِ في القليلِ والكثيرِ؛ ولأن التحريمَ يتعلَّقُ عندَنا بالاسمِ، وهو معْنى قولِ ابنِ عباسٍ: «حُرِّمتِ الخمْرُ بعَينِها، والسُّكْرُ مِن كلِّ شرابٍ»[1]. والاسمُ موجودٌ في القليلِ والكثيرِ.

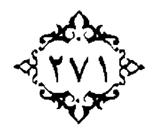
فأما الممزوجُ إذا كان الماءُ غالبًا عليه حتى زال طعمُها وريحُها، فلا حدَّ في شربِها؛ لأن المقصودَ بالشربِ قد زال بذلك التغييرِ، والحدُّ يَجِبُ بالمقصودِ مِن كلِّ نوعٍ إلا أن شربَها حرامٌ، ولأن الحظْرَ والإباحةَ إذا اجتمعا غُلِّب الحظرُ على الإباحةِ، ولأنها نجاسةٌ والنجاسةُ إذا خالَطَتِ الماءَ لا يَجوزُ شربُه، فأما العصيرُ إذا طُبِخ حتى ذهَب أقلُّ مِن ثُلُثيه فحرامٌ[2].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٥٤٢)، والنسائي (٥٦٨٣-٥٦٨٦)، والبيهقي (٨/ ٢٩٧). وينظر: «العلل ومعرفة الرجال» (٧٢٣)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٠٦-٣٠٧)، و«فتح الباري» (١٠/ ٤٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٩): «بعينها: عين الشيء تقال على نفسه، أي حرمت لذاتها، لا لشيء آخر».

(٢) قال في حاشية (ش): «وقال الأوزاعي: إنه مباح. وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه مشروب =



وقال حمادُ بنُ أبي سليمانَ: إذا طُبِخ حتى يَنْضَجَ فهو مباحٌ، وقد قال بذلك بِشْرٌ المَرِيسِيُّ وغيرُه[1].

دليلُنا: ما روَى الشعبيُّ، عن [2]حيَّانَ بنِ الحُصينِ الأسَدِيِّ[2]: «أن عمَّارًا أتاه كتابُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يأمُرُه أن يأمُرَ المسلِمِينَ بشُربِ العصيرِ الذي قد طُبِخ فذهَب ثلثاه وبَقِي ثلُثُه، وأن عمَّارًا شَرِبه وأمرَ الناسَ بشُرْبِه، وقال: هذا شرابٌ لم نكنْ نَشْرَبُه حتى أمَرنا أميرُ المؤمنينَ عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»[3].

وعن داودَ بن أبي هندٍ قال: «قلتُ لسعيدِ بنِ المسيِّب: الطِّلاءُ الذي أحلَّه عمرُ للناسِ ما هو؟ قال: الذي ذهَب ثُلُثاه وبَقِي ثُلُثه»[4].

وإذا ثبَت أنه اعْتُبِر في ذلك ذهاب الثلُثينِ، وكُتِب به إلى الأمصارِ، وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ مِن غيرِ خلافٍ دلَّ على أن حدَّ الإباحة ذهابُ ثُلُثَيْهِ فما دُونَ ذلك على التحريمِ؛ ولأن العصيرَ إنما يُطْبَخُ أدْنى طبخٍ يُقْصَدُ به إصلاحُ

طيب، وليس بخمر. نقله صاحب الهداية». وينظر: «الهداية» (٤/ ١١٠).

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٤/ ٤)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١١٥).

(٢-٢) في (ض٢، غ): «جابر بن الحسين الأسدي»، وفي باقي النسخ، و«المبسوط» (٢٤/ ٥): «جابر بن الحصين الأسدي». والذي ورد في النسخ، و«المبسوط» خطأ صوابه كما أُثبت حيان بن الحصين الأسدي، وهو التابعي الكوفي الثقة المشهور بأبي الهياج الأسدي، والد جرير بن حيان، ومنصور بن حيان، روى عن: عمر، وعلي، وعمار، وروى عنه: ابنه جرير، وشقيق بن سلمة، وعامر الشعبي. ينظر: «تهذيب الكمال» (٧/ ٤٧١)، و«تاريخ الإسلام» (٢/ ٨١١).

(٣) أخرجه ابن زنجويه في «الأموال» (٩٢٠)، وأبو نعيم في «الطب النبوي» (٧٨٣) من طريق الشعبي، عن حيان بن حصين الأسدي، عن عمر. وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٦٦).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٤٦١).



الخمْرِ حتى لا تَفْسُدَ بالبقاءِ، واستصلاحُها لا يَجوزُ أن يكونَ سببَ إباحتِها، وقد استفَدْنا مِن الأخبارِ التي ذكَرْناها إباحةَ ما ذهَب ثُلُثاه وبَقِي ثلثُه.

فإن قيل: عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ إنما أباح ذلك؛ لأنه قيل له: لا يُسْكِرُ.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ؛ لأن عمرَ قصَد بإباحتِه دفْعَ ضررِ الطعامِ، وذلك لا يكونُ إلا مع الشِّدَّةِ.

فإن قيل: رُوِي عن عمرَ حينَ رآه أنه قال: «ذهَب حظُّ الشيطانِ منه». ورُوِي أنه قال: «ذهَب شيطانُه وريحُ جُنُونِه»[1]. وهذا يدُلُّ على زوالِ الإسكارِ منه.

قيل له: لا يريد ذلك، وإنما أراد زوالَ المعْنى الموجبِ للتحريمِ، وهذا معْنى قولِه: «ذهَب حظُّ الشيطان منه».

وأما نقيعُ التمرِ والزبيبِ إذا اشتدَّ فحرامٌ خلافَ ما قاله شَرِيكٌ: إنها حلالٌ[2].

لنا: قولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الخَمْرُ مِنْ هاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ»[3]. و(مِن) للابتداءِ، فاقتَضى ذلك أن ما كان منهما على وجْهِ الابتداءِ حرامٌ.

وقد رُوِي عن ابنِ مسعودٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أنه سُئِل عن السَّكَرِ يُتداوى به؟ فقال: «ما كان اللَّهُ ليجْعَلَ شفاءَكم فيما حرَّم عليكم»[4]. والسَّكَرُ هو نَقِيعُ التمْرِ والزبيبِ،

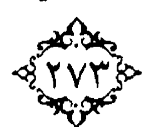
---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧١٢٠) بلفظ: «خبث الشيطان، أو قال: خبيث الشيطان»، وابن أبي شيبة (٢٤٤٨٤) بلفظ: «ذهب رسيسه». ورسيس الشيء بدؤه وأول مسه. ينظر: «لسان العرب» (٦/ ٩٧) (ر س س).

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٩٥)، و«البناية» (١٢/ ٣٦٤).

(٣) أخرجه مسلم (١٩٨٥) من حديث أبي هريرة.

(٤) علَّقه البخاري (٧/ ١١٠)، ووصله عبد الرزاق (١٧٠٩٧، ١٧٠٩٨)، وابن أبي شيبة (٢٣٩٥٨، ٢٤٣٠٢، ٢٤٣٠٣، ٢٤٣٠٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ١٠٨)، والحاكم =



ومذهبُ عبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ مشهورٌ معلومٌ في إباحةِ نبيذِ التمْرِ فإذا قال: إن اللَّهَ تعالى حرَّمَ النَّيِّءَ[1]. عُلِم أنه اعتقَد إباحةَ المطبوخِ.

وهذا الخبَرُ أيضًا يدُلُّ على صحةِ قولِ أبي حنيفةَ في اعتبارِ الطبخِ، وفسادِ قولِ مَن قال: إن أبا حنيفةَ خالَف الإجماعَ في اعتبارِ الطبخِ في الإباحةِ؛ لأنه موافِقٌ لقولِ عبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال: ونبيذُ التمرِ والزبيبِ إذا طُبِخ كلُّ واحدٍ منهما أدْنى طبخٍ حلالٌ، وإن اشْتَدَّ إذا شَرِب منه ما يَغْلِبُ على ظنِّه أنَّه لا يُسْكِرُه[2] من غيرِ لَهْوٍ ولا طَرَبٍ[3].

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ. وقال الشافعي: ما أسْكَر كثيرُه فقليلُه حرامٌ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ نافعٍ[5]، عن ابنِ عمرَ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِي بقدَحٍ فقرَّبه إلى فِيهِ، ثُمَّ ردَّه، فقال له بعضُ جلسائِه: أحرامٌ هو يا رسولَ اللَّهِ؟ فقال: «رُدُّوه». فدعا بماءٍ فصبَّ عليه، ثُمَّ شَرِب منه، ثُمَّ قال: «انْظُرُوا هَذِهِ الأَشْرِبَةَ

(٤/ ٢١٨)، والبيهقي (١٠/ ٥). وينظر: «فتح الباري» (١٠/ ٧٩)، و«تغليق التعليق» (٥/ ٢٩-٣١).

(١) يقال: لحم نيء مثل نيع، أي: غير نضيج، ويجوز أن يقال: نِيّ بالتشديد على القلب والإدغام. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٧٤).

(٢) في (أ٢): «يسكرهم»، وفي (ح، س، غ، ي): «يسكر».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣٥٨)، و«عيون المسائل» (ص٣٧٥)، و«التجريد» (١٢/ ٦٠٩٣)، و«النتف» (١/ ٢٤٧).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ١٥٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٧٢)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٣٢٥)، و«بحر المذهب» (١٣/ ١٢٣).

(٥) كذا بالنسخ وصوابه: عبد الملك بن نافع، كما يأتي تخريجه، وأما حديث نافع، عن ابن عمر، فهو حديث: «ما أسكَرَ كثِيرُه، فقلِيلُه حرامٌ». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٩١).



إذا اغْتَلَمَتْ عَلَيْكُمْ فَاقْطَعُوا مُتُونَها بِالمَاءِ»[١].

فإن قيل: كان حامضًا.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ لأنه إنما يُقال: اغْتَلَم مِن الشدَّةِ لا مِن الحموضةِ، ولأن الخَلَّ لا يَشْرَبُه الناسُ، وقد روَى أبو مسعودٍ الأنصاريُّ: «أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَطِش وهو يطوفُ بالبيتِ فاستَسْقَى، فأُتِي بنَبيذٍ مِن السِّقايةِ فشمَّه وقطَّب، وقال: «عليَّ بذَنُوبٍ مِن ماءِ زمزمَ». فصُبَّ عليه وشَرِب»[٢].

(١) أخرجه النسائي (٥٦٩٤، ٥٦٩٥)، وفي «الكبرى» (٥١٨٤، ٥١٨٥)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٢١٩)، والبيهقي (٨/ ٣٠٥) من طريق عبد الملك بن نافع، عن ابن عمر. قال النسائي: «عبد الملك بن نافع ليس بالمشهور، ولا يحتج بحديثه، والمشهور عن ابن عمر خلاف حكايته». وقال البيهقي: «هذا حديث يعرف بعبد الملك بن نافع، وهو رجل مجهول، اختلفوا في اسمه، واسم أبيه، فقيل: هكذا، وقيل: عبد الملك بن القعقاع، وقيل: مالك بن القعقاع». وينظر: «الأحكام الوسطى» (٤/ ١٦٨)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٥/ ٢٣، ٢٤)، و«نصب الراية» (٤/ ٣٠٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٩): «اغتلمت: الاغتلام بالغين المعجمة: مجاوزة الحد، أي: إذا جاوزت حدها الذي لا يسكر إلى حدها الذي يسكر، فافعلوا. كذا قاله ابن الأثير. وقال في المغرب: غلمة الفحل واغتلامه: شدة شهوته وهيجانه، ومنه: اغتلم الشراب، إذا اشتدت سورته. وسقاء مغتلم: اشتد شرابه، من مستعار المجاز. قلت: الغُلْمَة بضم الغين». ينظر: «النهاية» (٣/ ٣٨٢)، و«المغرب» (٢/ ١١١).

(٢) أخرجه النسائي (٥٧٠٣)، والدارقطني (٤٦٩٥، ٤٦٩٦)، والبيهقي (٨/ ٣٠٤) من طريق يحيى بن يمان، عن سفيان، عن منصور، عن خالد بن سعد، عن أبي مسعود. قال النسائي: «وهذا خبر ضعيف؛ لأن يحيى بن يمان انفرد به دون أصحاب سفيان، ويحيى بن يمان لا يحتج بحديثه لسوء حفظه، وكثرة خطئه». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٠٦١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٤٩): «قَطَّبَ بالقاف، والطاء المهملة، وبعدها =



وذكر ابن قتيبةَ بإسنادِه في «كتابِ الأشربةِ»، عن زيدِ بنِ عليٍّ: أنه شَرِب هو وأصحابُه نبيذًا شديدًا في وليمةٍ فقال له: يا ابنَ رسولِ اللَّهِ، حدِّثْنا بحديثٍ سَمِعْتَه مِن آبائِك، عن رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في النبيذِ. فقال: حدَّثَنِي أبي، عن جدِّي، عن عليِّ بنِ أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «تَنْزِلُ أُمَّتِي على مَنَازِلِ بَنِي إِسْرائِيلَ حَذْوَ القُذَّةِ بِالقُذَّةِ، والنَّعْلِ بِالنَّعْلِ». إلى أن قال: «أَلَا إنَّ اللَّهَ تعالى ابْتَلَى بَنِي إِسْرائيلَ بنَهْرِ طالُوتَ؛ أَحَلَّ مِنْهُ الغَرْفَةَ وَحَرَّمَ الرِّيَّ، أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ فِيكُمُ النَّبِيذَ أَحَلَّ مِنْهُ الرِّيَّ وَحَرَّمَ مِنْهُ السُّكْرَ»[1].

وقد رُوِي مِن طرقٍ كثيرةٍ مختلفةٍ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ الأَوْعِيَةِ، ثُمَّ رَأَيْتُ أَنَّها لَا تُحَرِّمُ شَيْئًا، فَانْتَبِذُوا، واشْرَبُوا، وَلَا تَشْرَبُوا مُسْكِرًا»[2].

ووجْهُ الدليلِ: أن النهْيَ عن الأوعيةِ كان لِما يَحْدُثُ فيها[3] مِن الشِّدَّةِ، ثُمَّ

موحدة، يخفف، ويثقل: أي قبض ما بين عينيه، كما يفعله العبوس».

(١) ينظر: «الأشربة» (ص٧٣-٧٥/ تحقيق السواس)، (ص١٨٠-١٨٢/ تحقيق البهنساوي).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٠): «الحَذْو بالحاء المهملة المفتوحة، وسكون الذال المعجمة، وآخره واو: القطع والتقدير».

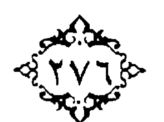
وقال: «القُذَّة بضم القاف، وفتح الذال المعجمة، وبعدها تاء التأنيث: واحدة القُذذ، وهو ريش السهم». ينظر: «النهاية» (٤/ ٢٨).

وقال: «النَّعْل بالنون، والعين المهملة، واللام: معروف، وهذا يضرب مثلًا للشيئين يستويان ولا يتفاوتان».

وقال: «الرِّي بكسر الراء المهملة: خلاف العطش، يقال: روي من الماء، فهو ريَّان، وهي ريَّانة، وهن رواء. قال الداودي: هو بالكسر في الاسم، وبالفتح في المصدر».

(٢) ينظر: «صحيح مسلم» (٩٧٧)، و«مجمع الزوائد» (٥/ ٦٣-٦٦).

(٣) (٤) في (ح، س، غ، ي): «فيه»، وفي (ظ): «منه».



أباح الانْتِباذَ، فدَلَّ على إباحةِ المشتَدِّ بعْدَ الحظْرِ ما لم يُسْكِرْ، ولأنه يَستَحِيلُ أن يقولَ: أُبِيحُكُم[1] شُرْبَ ما لا إسكارَ فيه، واجْتَنِبُوا المسكِرَ، وإنما يصحُّ هذا الكلامُ في المسْكِرِ، فيُباحُ منه القليلُ ويَحْرُمُ الكثيرُ المسْكِرُ.

وعن عمرَ أنه قال: «إنَّا نأكُلُ لحمَ الجزُورِ، ونَشْرَبُ النبيذَ الشديدَ لِيَقْطَعَه في بطونِنا»[2].

ورُوِيَ: «أنه أُتِيَ بسكْرانَ، فقال له: إنما شربْتُ مِن إداوتِكَ. فطلَب له مَخْرَجًا فلم يَجِدْ فحدَّه، ثُمَّ أَخَذ الإداوةَ فشَرِب منها وقطَّب[3]».

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «شَهِدْتُ تحريمَ النبيذِ كما شَهِدتُم، وشَهِدْتُ إباحتَه وغِبْتُم»[4]. فحَكى إباحتَه بعْدَ الحظْرِ، والإباحةُ لا تكونُ إلا مِن صاحبِ الشرعِ.

---

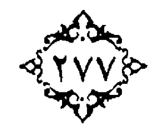
(١) (٤) في (أ٢، ظ، غ، ي): «أبحتكم».

(٢) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٩٩٣)، وابن أبي شيبة (٢٤٣٤٦، ٢٤٣٤٧)، والطحاوي (٤/ ٢١٨)، والدارقطني (٤٦٨١، ٤٦٨٤) من طرق عن عمرو بن ميمون، عن عمر. وينظر: «الكامل» لابن عدي (٤/ ١٠).

(٣) في حاشية (ح) منسوبًا لنسخة: «قطعت».

والأثر أخرجه العقيلي (٢/ ١٠٤)، والدارقطني (٤٦٨٥) من حديث سعيد بن ذي لعوة: «أن أعرابيًّا شرب من إداوة عمر نبيذًا فسكر، فضربه عمر الحد». قال الدارقطني: «لا يثبت هذا». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٥٨١)، و«العلل المتناهية» (١٥٧٠).

(٤) ذكره في «التجريد» (١٢/ ٦١٠٢) من طريق جويبر، عن الضحاك، عن ابن مسعود. وقال الشيخ أبو الفيض أحمد بن محمد بن الصِّدِّيق الغماري في «الهداية في تخريج أحاديث البداية» (٦/ ٣٣١): «لم أره بهذا اللفظ». وينظر: «الحاوي» (١٣/ ٣٨٩، ٤٠٤)، و«بداية المجتهد» (١/ ٤٧٢).



وعن الشعبيِّ قال: «أَرْزَق[1] عليُّ بنُ أبي طالبٍ الناسَ طِلاءً[2] مِن طِلاءِ عاناتٍ[3]، فشَرِب منه رجلٌ فسَكِر فجلَده»[4].

وقال عبدُ الرحمنِ بنُ أبي ليلى: «شَرِبتُ عندَ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَبيذًا فخرَجْتُ مِن عندِه عندَ المغربِ فأرْسَل مَعِيَ قَنْبرًا[5] يَهْدِيني إلى بيتِنا»[6].

وإباحةُ النبيذِ أمرٌ مشهورٌ عند فقهاء المصْرَيْنِ الكوفةِ والبصرةِ، فكان أمرًا

---

(١) في (أ٢، ض٢): «رزق»، وهو الموافق لما في «التجريد» (١٢/ ٦١٠٢).

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٠): «الطِّلاء بالكسر والمد: الشراب المطبوخ من عصير العنب، وهو الرُّب، وأصله القطران الخاثر الذي تطلى به الإبل. وقال الفارسي في باب فعال: الطلاء: ما طبخ حتى ذهب ثلثاه».

(٣) المثبت من (أ٢)، وليس في (ض)، وفي (أ): «عابات»، وفي (ج، ح، ع، ي): «غايات»، ورسمت بغير نقط في (ر، ض١، ظ)، وفي (س، ل): «عامات»، وفي (غ) «غابات»، وفي (ق): «عامان».

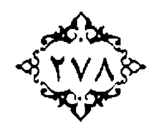
ولفظ ابن أبي شيبة: «كان عليٌّ يرزق الناس الطلاء في دنان صغار». ولفظ «التجريد»: «رزق عليُّ بن أبي طالب طلاء عازبًا».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥١): «عانات بالعين المهملة: وعانة قرية على الفرات، ينسب إليها الخمر، فيقال: عانية. قال زهير: مِن خَمْرِ عَانَة لمَّا يَعْدُ أن عَتَقَا. وقال في الصحاح: وربما قالوا: عانات. كما قالوا: عرفة وعرفات». ينظر: «الصحاح» (٦/ ٢١٦٩)، و«لسان العرب» (ع و ن) (١٧/ ١٧٤).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٩٩٧) من طريق مجالد، عن الشعبي. وأخرجه الدارقطني (٤٦٩٠) من طريق شريك، عن فراس، عن الشعبي. وينظر: «المحلى» (٧/ ٤٨٨).

(٥) قنبر: بفتح القاف وسكون النون وفتح الباء المعجمة بواحدة فهو قنبر مولى علي بن أبي طالب. ينظر: «الطبقات الكبرى» (٦/ ٢٣٧)، و«الإكمال» لابن ماكولا (٧/ ١٠٠)، و«تبصير المنتبه» (٣/ ١١٣٧).

(٦) أخرجه الحربي في «غريب الحديث» (٣/ ١١١٩).



ظاهرًا في أصحابِ عليٍّ، وابن مسعودٍ، ولأن الأشربةَ كانت كثيرةً بالمدينةِ مِن غيرِ العِنَبِ وكانتِ الخمْرُ قليلةً؛ لأنها كانت تُجْلَبُ إليهم مِن الشامِ، وبيانُ الأحكامِ بحسَبِ الحاجةِ، ويَحْرُمُ سائرُ الأشربةِ كتحريمِ الخمْرِ عندَ المخالِفِ، فكانتِ الحاجةُ إلى بيانِ تحريمِ سائرِ الأشربةِ كالحاجةِ إلى بيانِ تحريمِ الخمْرِ، بل أقوى لشدةِ حاجتِهم إليها، فلما وجدْنا تحريمَ الخمْرِ مِن طريقٍ مقطوعٍ به يَقَعُ به العلمُ ويَكْفُرُ جاحدُه، ولم يُوجَدْ مثلُ ذلك في النبيذِ عَلِمْنا أن حكمَها مختَلِفٌ في التحريمِ.

فإن قال المخالِفُ: إن سائر الأشربةِ محرَّمةٌ بتحريمِ الخمْرِ؛ لأن اسمَ الخمْرِ يَتناوَلُ كلَّ شرابٍ مسْكِرٍ.

قيل له: هذا غلَطٌ لأن الأسماءَ طريقُ إثباتِها النقْلُ، وقد وجَدْنا العربَ سمَّتْ عصيرَ العِنَبِ المشتدِّ خمرًا، وسمَّوا غيرَ ذلك نبيذًا وفَضِيخًا وبِتْعًا[1]، وتخصيصُ كلِّ واحدٍ منهما باسمٍ يدُلُّ على أنه لا يُسمَّى باسمِ الآخَرِ، وهذه الطريقةُ هي التي يُعْرَفُ بها الفَرْقُ بين المسمَّياتِ، وأهلُ اللغةِ هم السفَراءُ بينَنا وبينَ العربِ، وقد بيَّنُوا ذلك في كتبِهم، وهو مشهورٌ عندَهم في كتبِهم وأشعارِهم.

ولأن الأُمَّةَ اجتمعتْ على تحريمِ الخمْرِ وتكفيرِ مستحِلِّها[2]، وأجمعوا أن

---

(١) في (أ٢): «نقيعًا».

ويقال: أنقع الزبيب في الخابية ونقعه ألقاه فيها ليبتل ويخرج منها الحلاوة، وزبيب منقع بالفتح مخففًا، واسم الشراب نقيع. والبتع: بكسر الباء وسكون التاء: شراب مسكر يتخذ من العسل باليمن. ينظر: «المغرب» (ص ٣٤، ٤٧٣).

(٢) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص ١٣٦)، و«اختلاف الأئمة العلماء» (٢/ ٢٩١، ٢٩٢)، =



مستَحِلَّ غيرِ الخمْرِ لا يكفُرُ، فدَلَّ على أن أحدَهما غيرُ الآخَرِ، ولأنهم أجمعوا على تحريمِ الخمْرِ، واختَلَفوا في تحريمِ النبيذِ، وموضعُ الإجماعِ غيرُ موضعِ الخلافِ.

فإن قيل: الخمْرُ إنما سُمِّيتْ خمرًا لمخامرةِ العقْلِ وهذا موجودٌ في النبيذِ.

قيل له: هذا غلَطٌ، بل الخمْرُ إنما سُمِّيتْ خمرًا للخُمْرةِ[1]، ولو سلَّمْنا ما قالوه لم يَلْزَم أن تَطَّرِدَ العلَّةُ، يُبيِّنُ ذلك أن العربَ سمَّتِ الفَرَسَ إذا اجتمع فيه البياضُ والسوادُ أبْلَقَ، ولم يقولوا للثوبِ أبْلَقُ، وسَمَّوا النجْمَ نَجْمًا لظهورِه، يُقالُ: نَجَمَ إذا ظهَر، ولم يُسمُّوا كلَّ ظاهِرٍ نجمًا، فلا يَمْنَعُ أن يُسمُّوا الخمْرَ خمرًا لمخامرتِها العقْلَ، ولا يُسمُّوا كلَّ ما خامَرَ العقْلَ خمرًا.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «كلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ»[2].

قيل له: رُوِي عن يحيى بنِ مَعِينٍ: أن هذا لا يَصِحُّ عن رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[3]. ولو ثبَت لم يكن فيه دليلٌ؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يُعَلِّمُنا الأسامِيَ، وإنما

و«المحلى» (٦/ ١٩٣).

(١) قال في حاشية (ح): «اشتقاق الخمر من الخمرة بضم الخاء وهي التي تجعل في العجين وتسمية الناس الخميرة وهي مادته وأصله، سُمِّيت بها؛ لأنها أم الخبائث، أي: أصلها كما ورد به الحديث».

(٢) أخرجه مسلم (٢٠٠٣) من حديث ابن عمر.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٥): «قال المصنف: وهذا الحديث طعن فيه يحيى ابن معين، وذكر غيره من أصحابنا: أن ابن معين طعن في ثلاثة أحاديث: منها هذا، وحديث: «من مس ذكره فليتوضأ»، وحديث: «لا نكاح إلا بولي». وهذا الكلام كله لم أجده في شيء من كتب الحديث». ينظر: «المبسوط» (٢٤/ ٢٩)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١/ ٢٧٠، ٢٧١)، و«تنقيح التحقيق» للذهبي (١/ ٦٢)، و«الدراية» (٢/ ٢٤٧).



يُعَلِّمُنا الأحكامَ، كأنه قال: ما أسْكَر كثيرُه فحكْمُه حكْمُ الخمْرِ، وكذلك معْنى قولِه صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الخَمْرَةُ مِنَ الكَرْمِ، والنخْلِ، والحِنْطَةِ، والشَّعِيرِ، والذُّرَةِ»[1].

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه قال: «كُلُّ مسْكِرٍ حَرَامٌ؛ ومَا أسْكَر كَثِيرُه فقَلِيلُه حَرَامٌ»[2].

قيل له: يَحْتَمِلُ أن يكونَ ذلك قاله قبْلَ الإباحةِ، وقد بيَّنَّا في حديثِ ابنِ مسعودٍ رَضِيَالَّلَهُعَنْهُ أن الإباحةَ حدَثتْ بعْدَ الحظْرِ؛ ولأن المسْكِرَ ما حدَث عندَه السُّكْرُ، كما أن المؤْلِمَ ما حدَث عندَه الألَمُ، والسُّكْرُ إنما يكونُ بالقَدَحِ الأخيرِ دُون غيرِه، واليَسِيرُ لا يُسمَّى مسْكِرًا ما لم يَحْدُثْ عندَه السُّكْرُ، كما لا يُقالُ لِيَسِيرِ الطعامِ مُشْبعٌ وإن حدَث الشِّبَعُ منه مع غيرِه.

ولأن قولَه: «مَا أسْكَر كَثِيرُه فقَلِيلُه حَرَامٌ». صحيحٌ على قولِنا؛ لأنه إذا شَرِب الكثيرَ فسَكِر فالمحرَّمُ ما حدَث عندَه السُّكْرُ وهو قليلٌ، وما قبْلَ ذلك غيرُ محرَّمٍ، ففي الحقيقةِ المحرَّمُ هو اليَسِيرُ مما أسْكَر كثيرُه.

---

(1) أخرجه أبو داود (٣٦٧٧) من حديث النعمان بن بشير، مرفوعًا بلفظ: «إن الخمر من العصير، والزبيب، والتمر، والحنطة، والشعير، والذرة». وأخرج مسلم (١٩٨٥) من حديث أبي هريرة مرفوعًا: «الخمر من هاتين الشجرتين؛ النخلة والعنبة». وفي رواية: «الكرمة والنخلة»، وفي رواية: «الكرم والنخل».

(2) أخرجه ابن ماجه (٣٣٩٢) من حديث ابن عمر. ويروى من حديث غيره؛ ينظر: «سنن الدارقطني» (٤٦٣٠، ٤٦٣١، ٤٦٥٥).
وأخرجه البخاري (٤٣٤٣)، ومسلم (١٧٣٣) من حديث أبي موسى، بلفظ: «كل مسكر حرام».
وأخرجه أبو داود (٣٦٨١)، والترمذي (١٨٦٥)، وابن ماجه (٣٣٩٣) من حديث جابر؛ بلفظ: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٢٩٧٢).



فإن قيل: السُّكْرُ لا يَقَعُ بالقَدَحِ الأخيرِ إلَّا بعْدَ تقدُّمِ غيرِه عليه فصار السُّكْرُ بالجميعِ.

قيل له: لا يَمْتَنِعُ أن يكونَ الأوَّلُ سببًا وتكونَ العلَّةُ ما جاوزها الحكْمُ، فيكونَ الحكْمُ مضافًا إلى العلَّة لا إلى السببِ؛ وقد رُوِي عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ما يُوافِقُ ذلك، وهو قولُه: «الكأسُ المسْكِرَةُ هي المحرِّمةُ»(١).

فإن قيل: الشدَّةُ المطْرِبةُ هي سببُ التحريمِ الدليلُ على ذلك الخمْرُ.

قيل له: الخمْرُ لا يَجوزُ أن تكونَ حرِّمتْ لهذه العلَّةِ؛ ألا تَرى أن قليلَها وكثيرَها حرامٌ، وهذه العلَّةُ لا توجَدُ في القليلِ.

وقد سلَك بعضُ الجهَّال في هذه المسألةِ طريقةً قصَد بها التشنيعَ والتسوُّقَ(٢) عندَ العوامِّ لمَّا ضاق عليه طريقُ الحجةِ، فقال: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَيَشْرَبَنَّ ناسٌ مِنْ أُمَّتِي الخَمْرَ ويسمُّونَها بِأَسْمَاءٍ»(٣).

وقال هذا القائلُ: وَهِم أصحابُ أبي حنيفةَ. وهذا كلامُ جاهلٍ بالأحكامِ والنقْلِ والآثارِ، أو متعصِّبٍ قليلِ الوَرَعِ لا يُبالي ما قال، ثُمَّ يُقالُ لهذا القائلِ: ما رَمَيْتَ بهذا القولِ أصحابَ أبي حنيفةَ، وإنما السلفَ الصالحَ أردْتَ بذلك، ولم يُمْكِنْكَ التصريحُ بذلك؛ لأن أصحابَ أبي حنيفةَ لم يَبْتَدِعُوا بذلك قولًا، بل قالوا بما قال به أئمةُ أصحابِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ووجوهُ التابعينَ وزُهَّادُهم.

(١) ذكره في «المبسوط» (٢٤/ ٩).

(٢) ليس في (ي)، وفي (ح): «التشوق»، و(س): «التّوق».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٨٨)، وابن ماجه (٤٠٢٠) من حديث أبي مالك الأشعري.



وكيف يُظَنُّ بعمرَ، وعليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وابنِ عباسٍ، وعمَّارِ بنِ ياسرٍ، وعلقمةَ، والأسودِ، وإبراهيمَ أنهم شَرِبُوا الخمْرَ غَلَطًا في اسمِها حتى استَدْرَكَ عليهم هذا القائلُ حقيقةَ الاسمِ، ويُحْسِنَ الظنَّ بنفْسِه ويُسِيءَ الظنَّ بسلَفِه، إن هذا[1] لَجُرْأَةٌ[2] في الدِّينِ، فإذا ثبَت مِن أصلِ أبي حنيفةَ تحليلُ ذلك اعْتُبِر أن يَشْرَبَ ما يَغْلِبُ على ظنِّه أنه لا يُسْكِرُه؛ لأن السُّكْرَ حرامٌ وما دُونَه حلالٌ، ولا طريقَ إلى معرفةِ ذلك إلا غلبةُ الظنِّ.

قال: مِنْ غيرِ لَهْوٍ ولا طَرَبٍ.

لأن ذلك حرامٌ، وما يُتوصَّلُ به إلى الحرامِ حرامٌ.

قال: ولا بأْسَ بالخَلِيطَيْنِ.

رواه الحسنُ، عن أبي حنيفةَ[3].

وصفتُه: التمرُ والزبيبُ، أو الزبيب والعنبُ، أو التمرُ والعنبُ، والأصلُ في ذلك أن كلَّ واحدٍ منهما يَجوزُ أن يُنْبَذَ على الانفرادِ، فكذلك إذا اجتَمَعا، ويَجِبُ أن يُعْتَبَرَ في الزبيبِ والعنبِ إذا خُلِطا أن يذهَبَ ثُلُثاه، كما يُعْتَبَرُ إذا طُبِخ العنبُ على حيالِه وحدَه.

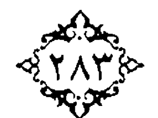
قال: ونبيذُ العسلِ، والتِّينِ، والحِنْطةِ، والشَّعِيرِ، والذُّرَةِ حلالٌ وإن لم يُطْبَخْ.

---

(١) في (ي): «هذه».

(٢) في (أ، ر، ع): «لجراءة»، وفي (أ٢، ظ، ل): «الجراءة»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «البناية» (١٢/ ٣٨٥).

(٣) ينظر: «المجروحين» لابن حبان (٣/ ٦٨، ٦٩).



وذلك لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ»[1]. فحصر التحريمَ بهما، ولأن هذه أطعمةٌ مُقْتاتَةٌ، فلا يُعْتَبَرُ بما يحدُثُ فيها مِن الشدَّةِ والسُّكْرِ، كما لا يُعْتَبَرُ السُّكْرُ الذي يُوجَدُ في الخبْزِ في بعضِ البلادِ، والسُّكْرُ الذي يوجَدُ في اللَّبَنِ.

قال: وعصيرُ العنبِ إذا طُبِخ حتى ذهَب ثُلُثاه وبَقِي ثلُثُه حلالٌ وإن اشتَدَّ.

وقد بيَّنَّا ذلك، وهذا كلُّه بيانُ مذهبِ أبي حنيفةَ.

فأما أبو يوسفَ، ومحمدٌ فقد كانا يقولانِ في النبيذِ المطبوخِ: إذا كان لا يَفْسُدُ بالبقاءِ عشرةَ أيامٍ فصاعدًا فهو حرامٌ، وإن كان يَفْسُدُ فهو مباحٌ وإن اشتَدَّ، ثُمَّ رجَع أبو يوسفَ إلى قولِ أبي حنيفةَ، روى رجوعه محمدٌ، وبِشْرُ بنُ الوليدِ، ومُعَلًّى، فأما محمد فروِيَ أنه وقَف في ذلك، وقال: لا أحرِّمُه ولا أُبيحُه[2].

فإذا طُبِخ العصيرُ حتى ذهَب نصفُه: فروَى الحسنُ، عن أبي يوسفَ كراهةَ شُربِه؛ لأن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شرَط في إباحتِه ذَهاب ثُلُثَيْه[3].

قال: ولا حَدَّ فيه.

لأنه ليس بخمْرٍ.

قال: ولا بأسَ بالانتباذِ في الدُّبَّاءِ، والحَنْتَمِ، والمُزفَّتِ، والنَّقِيرِ[4].

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) (٤) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٩٧)، و«العناية» (١٠/ ١٠٢)، و«البناية» (١٢/ ٣٧٨).

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) من (س، ض، ل، ونسخة مختصر القدوري). ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٩٨)، و«العناية» (١٠/ ١٠٦)، =



وذلك لحديث (١ابن بُريدةَ١)، عن أبيه أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «كنتُ نَهَيْتُكُمْ عن ثلاثٍ؛ عن زيارةِ القُبُورِ فزُورُوهَا، فإنَّ محمَّدًا قد أُذِنَ له في زيارةِ قبرِ أُمِّهِ، ولا تَقولوا هُجْرًا، وعن لحومِ الأضاحي، وأن تُمْسِكُوهَا فوقَ ثلاثٍ فأمْسِكُوهَا ما بَدَا لكم وتَزَوَّدُوا، فأنا إنَّما نَهَيْتُكُمْ لِيُوسِّعَ مُوسِعُكُمْ على فَقِيرِكم، وعن النبيذِ في الدُّبَّاءِ، والحنْتَمِ، والمُزَفَّتِ، فاشْرَبُوا في كلِّ ظَرْفٍ فإن ظرْفًا(٢)

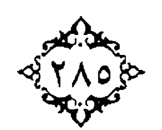
و«البناية» (١٢/ ٣٨٩)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٧٦)، و«طلبة الطلبة» (ص ١٦٠)، و«المغرب» (٢/ ٣٢١).

والنقير: هو أصل النخلة، ينقر جوفها ويشدخ فيها الرطب والبسر ويترك حتى يشتد ويغلي. وهذه أوعية ضارية تسرع بالشدة في الشراب وتحدث فيه التغير، ولا يشعر به صاحبه، فهو على خطر من شرب المحرم.

(١-١) كذا في (ظ) وهو الصواب الموافق لمصادر التخريج، وفي (أ، أ٢، ج، ح، ر، س، ش، ض١، ع، غ): «أبي بريدة»، وفي (ض، ض٢، ق، ل، ي): «أبي بردة».

والظاهر أن ذلك الوهم قديم؛ فقد أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩٣٠)، والنسائي (٥٦٧٧)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٢٢٨)، والطبراني في «الكبير» (٢٢/ ١٩٨) (٥٢٢)، والدارقطني (٤٦٧٦) من طريق أبي الأحوصِ، عن سماكٍ، عن القاسمِ، عن أبيه، عن أبي بردةَ. قال الدارقطني: «وهِمَ فيه أبو الأحوصِ في إسنادِهِ ومتنِهِ، وقال غيره: عن سماكٍ، عن القاسمِ، عن ابن بُريدةَ، عن أبيه». وقال أبو زرعة كما في «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٥٤٩): «فوهِمَ أبو الأحوصِ، فقال: عن سماكٍ، عن القاسمِ، عن أبيه، عن أبي بُردةَ. قلب مِن الإسنادِ موضعًا، وصحَّفَ في موضعٍ؛ أمّا القلبُ: فقولُهُ عن أبي بُردة. أراد: عن ابنِ بُريدةَ، ثُمَّ احتاج أن يقولَ: ابنُ بُريدة، عن أبيهِ. فقلَبَ الإسناد بأسرِهِ، وأفحَشَ في الخطأ، وأفحشُ من ذلك وأشنعُ تصحيفُهُ في متنِهِ: «اشربُوا فِي الظُّرُوفِ، ولا تسكرُوا»». وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٥٥١)، و«علل الدارقطني» مسألة (٩٥٥).

(٢) في (س): «ظرفه»، وفي (ظ)، ونسخة بحاشية (ح): «الظرف». والظرف: الوعاء، وجمعه ظروف، والأظراف تحريف. ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٣).



لا يُحِلُّ شيئًا ولا يُحَرِّمُه، ولا تَشْرَبُوا المسكِرَ»[1].

قال: وإذا تخلَّلَتِ الخمْرُ حلَّتْ؛ سواءٌ صارتْ خَلًّا بنفْسِها، أو بِشيءٍ طُرِح فيها[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ تخليلُها، فإن خلَّلها لم تَطْهُرْ[3].

لنا: حديثُ ميمونةَ أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في جِلْدِ الميتةِ: «الدِّباغُ يُحِلُّها كما تُخلَّلُ[4] الخمْرُ...

---

(١) أخرجه مسلم (٩٧٧، ١٩٧٧)، وأبو داود (٣٢٣٥)، والنسائي (٢٠٣١، ٥٦٦٨)، وفي «الكبرى» (٢١٥٩، ٥١٦٢). وينظر: «تحفة الأشراف» ح (٢٠٠١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥١): «الدُّبَّاء بضم الدال المهملة، وبعدها موحدة، وهمزة ممدودة: القرع المعروف، واحدها دباة، كانوا ينتبذون فيها فتسرع الشدة في الشراب، ووزن الدباء فعال، ولامه همزة، لأنه لا يعرف انقلاب لامه غير واو أو ياء. قاله الزمخشري. وأخرجه الهروي على أن الهمزة زائدة، وأخرجه الجوهري في المعتل على أن الهمزة منقلبة؛ وكأنه أشبه». ينظر: «تهذيب اللغة» (١٤/ ١٤١، ١٤٢)، و«أساس البلاغة» (١/ ٢٧٦، ٢٧٧).

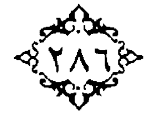
وقال في (ص ٢٥٢): «الحَنْتَم بفتح الحاء المهملة، وسكون النون، وفتح التاء المثناة من فوق، وآخره ميم: جرار مدهونة خضر، ثم اتسع فيها فقيل للخزف كله: حنتم. واحدتها حنتمة، وإنما نهي عن الانتباذ فيها لأنها تسرع الشدة لأجل دهنها. وقيل: لأنها تعمل من طين يعجن بالدم والشعر. والأول هو الوجه».

وقال: «المُزَفَّت: من الأوعية هو الإناء الذي طلي بالزفت؛ والزفت نوع من القار معروف».

(٢) ينظر: «التجريد» (٦/ ٢٨٠٩)، و«المبسوط» (٢٤/ ٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١١٣، ١١٤)، و«الهداية» (٤/ ١١٣).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ١٩٤)، و«الحاوي» (٦/ ١١٢)، و«المهذب» (١/ ٩٤)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٧٢).

(٤) في (أ٢، ر): «يخلل»، وفي (ل): «يتخلل»، وفي (ي): «يحل الخل».



فَتَحِلُّ»(١). ولأنها عَينٌ لو تخلَّلتْ بنفسِها حلَّتْ، فإذا صارتْ خلًّا بفِعْلِ الآدميِّ حلَّتْ كالعصيرِ، ولأن الاستحالةَ لمَّا طهُرتْ هذه العينُ بنفسِها طهَّرتها، وإن توصَّل الآدميُّ إلى ذلك كالدِّباغِ.

فإن قيل: رُوِي عن أبي طلحةَ قال: كان عندِي مالٌ لأيتامٍ فابْتَعْتُ به خمرًا، ثُمَّ حُرِّمتِ الخمْرُ فأخْبَرْتُ بذلك رسولَ اللَّه ﷺ فقال: «أهْرِقْهَا». قلتُ: (٢أوَ أُخَلِّلُها٢)؟ قال: «لا»(٣).

قيل له: يَحْتَمِلُ أن يكونَ أمَر بذلك رسولُ اللَّهِ ﷺ لقُرْبِ العهدِ بالتحريمِ واعتِيادِ الناس لشُرْبِها، فلم يأْمَنْ إذا بَقِيتْ أن تَدْعُوَ النفْسُ إليها، فأراد حسْمَ المادةِ فيها، وإن كانت لو بَقِيتْ حتى تخلَّلتْ صارتْ مالًا مُباحًا بالإجماعِ، ومِثْلُ ذلك جائزٌ أن يَفْعَلَه إذا كان مصلحةً عامةً، كما «أمَر النبيُّ ﷺ بقَتْلِ الكلابِ لمَّا دخَل المدينةَ»(٤) لا لِفَهْمٍ لها، وإن جاز تَبْقِيتُها للصيدِ والحفظِ، لكنه حسَم المادةَ في ابتداءِ التحريمِ.

وقد رُوِي: «أن عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه كان إذا رأى اللَّبَنَ في السوقِ وقد غُشَّ بشيءٍ أراقه»(٥) لِما بيَّنَّاه، يُبَيِّنُ ذلك أن بيعَه جائزٌ إذا بُيِّن غِشُّه وإمساكه

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٢)، ومسلم (٣٦٣).

(٢-٢) في (أ٢، ظ): «فأخللها»، وفي (ح): «أفخللها»، وفي (س، ي): «أفأخلِّلها».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٧٥) من حديث أنس: «أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، قال: «أهرقها» قال: أفلا أجعلها خلًّا؟ قال: «لا». وهو عند مسلم (١٩٨٣) مختصرًا.

(٤) أخرجه البخاري (٣٣٢٣)، ومسلم (١٥٧٠) من حديث ابن عمر.

(٥) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٨/ ٤٠٤).



جائزٌ، يُبَيِّنُ صحةَ هذا التأويلِ أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لأبي طلحةَ حينَ أمَره بإراقتِها: «فإذا جاءَنا مالٌ عوَّضْناهُمْ»[1]. فكأنه لمَّا أمَر بإراقتِها لمصلحةِ المسلِمينَ، وكان فيها معْنى المالِ باقٍ وعَد بتعويضِهم.

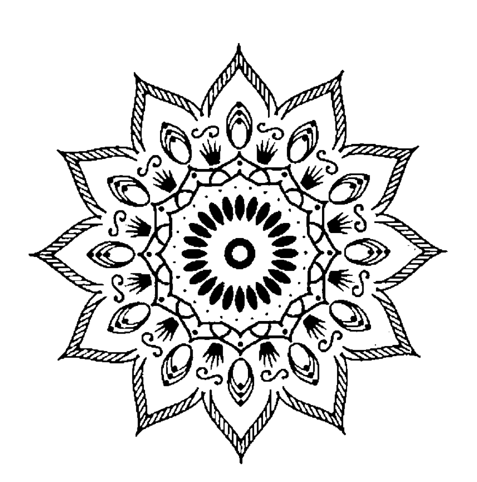
قال: ولا يُكْرَهُ تَخْلِيلُها.

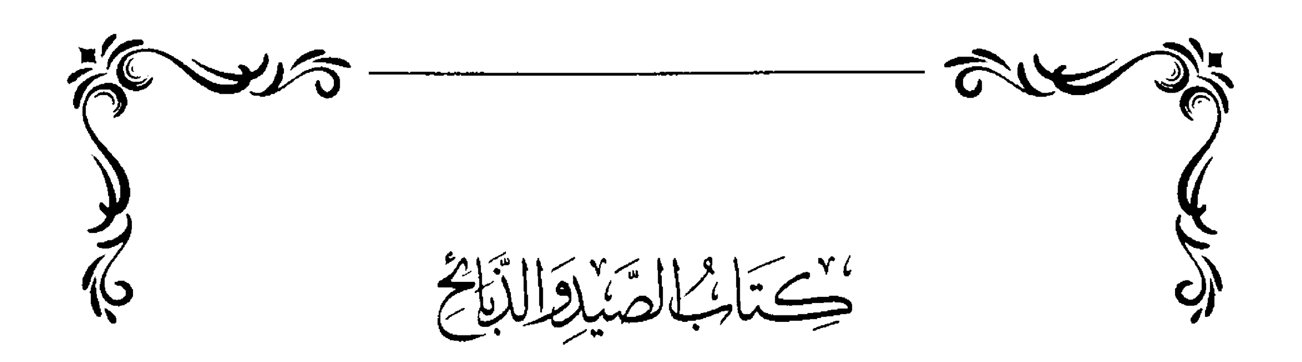
لأنه يُوصِّلُ إلى زوالِ المعْنى المحرِّمِ للعَيْنِ، وذلك غيرُ مكروهٍ كالدِّباغِ، وليس في ذلك انتفاعٌ بالخمْرِ؛ لأن الانتفاعَ بها يكونُ إذا صارتْ خلًّا، كما أن الانتفاعَ بجلدِ الميتةِ يحصُلُ بعْدَ طهارتِه، والدِّباغُ يُتوصَّلُ به إلى ذلك، كذلك التخليلُ.

واللهُ أعلمُ

(١) أخرجه ابن زنجويه في «الأموال» (٤٢٨)، وأبو يعلى (١٨٨٤) من حديث جابر، وقد أبهم في الرواية من وجه إليه الخطاب، فقال: «يا فلان». وأصله في «الصحيحين» البخاري (٣١٦٤)، ومسلم (٢٣١٤) من حديثه بالتعويض من غير ذكر خمر الأيتام.

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ





كتاب الصيد والذبائح

الأصلُ في جوازِ الصيدِ قولُه تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ۗ﴾ [المائدة: ٩٦]. فأحلَّ اللّهُ تعالى صيدَ البحرِ عامًّا للحلالِ والحرامِ، وحرَّم صيدَ البرِّ على المحْرِمِ وأحلَّه للحلالِ.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ ۚ﴾ [المائدة: ٢]. فدَلَّ ذلك على جوازِ الاصطيادِ في الجملةِ، ولم يُبَيِّنْ ما يُؤكَلُ مِن ذلك، وقد بيَّن ذلك النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ما يأتي فيما بعدُ، وقد استفَدْنا بعمومِ الآيةِ جوازَ صيدِ ما يُؤكَلُ لحمُه، وما لا يُؤكَلُ لِيُنتَفَعَ بجلدِه وشَعْرِه ووَبَرِه وعَظْمِه.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ الاصطيادُ بالكلبِ المُعَلَّمِ، والفَهْدِ، والبازِيِّ، وسائرِ الجوارحِ المُعَلَّمةِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]. قيل في التأويلِ: الجوارحُ التي تَجْرَحُ. وقيل: الجوارحُ الكواسِبُ، ومنه قولُه تعالى: ﴿مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠][1].

فإذا حُمِلتِ الآيةُ على ما له جارحةٌ يَكْسِبُ بها كان أوْلى لاجتماعِ الأمْرَيْنِ،

(١) ينظر: «تفسير الطبري» (٩/ ٥٤٣-٥٥١)، و«معاني القرآن» للنحاس (٢/ ٢٦٣-٢٦٥)، و«تفسير البغوي» (٣/ ١٦)، و«تفسير الرازي» (١١/ ٢٩١).



وهذا موجودٌ في الكلبِ، والفهدِ، والبازِيِّ، وغيرِ ذلك مِن الجوارحِ، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى فَكُلْ»(١). فدَلَّ على جوازِ الاصطيادِ بالكلبِ.

وأما اعتبارُ التعليمِ في الجارحةِ: فلقولِه تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤]. وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ». فاعْتبَرَ التعليمَ في الإباحةِ.

قال: وتعليمُ الكلبِ أن يَتْرُكَ الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي عن ابنِ عباسٍ أنه قال: «تعليمُ الكلبِ أن يَتْرُكَ الأكلَ، وتعليمُ البازِيِّ أن يُجِيبَكَ إذا دَعَوْتَه»(٢). ولأن هذا أمْرٌ يُرجَعُ فيه إلى أهلِ الصنعةِ وهم يَعُدُّون ذلك تعليمًا؛ ألا ترى أنهم يَضْرِبُونه حتى يتعوَّدَ تَرْكَ الأكلِ.

فأما اعتبارُ تكرارِ التَّرْكِ: فلأنه يَجوزُ أن يكونَ أوَّلَ مرةٍ تَرَكَ الأكلَ للشِّبَعِ، فاعْتُبِر تكرارُ ذلك؛ لأنه لا يتَّفِقُ في العادةِ أن يَصِيدَ ثلاثَ مراتٍ ويُمْسِكَ عن الأكلِ للشِّبَعِ؛ وإنما اقتُصِر في التكرارِ على ثلاثِ مراتٍ؛ لأن الثلاثَ موضوعةٌ للاختيارِ(٣) في خيارِ الثلاثِ، ولهذا قال موسى للخضرِ عَلَيْهِمَا ٱلسَّلَامُ في المرَّةِ الثالثةِ: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَٰحِبْنِي﴾ [الكهف: ٧٦]. وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «مَن اتَّجَر في شيءٍ ثلاثَ مرَّاتٍ فلم يَرْبَحْ فلْيَنْتَقِلْ إلى غيرِه»(٤).

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٥)، ومسلم (١٩٢٩) من حديث عدي بن حاتم.

(٢) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (١٠٦٥)، ومحمد بن الحسن في «الآثار» (٨٢٣)، وفي «الأصل» (٥/ ٣٤٩).

(٣) في (أ٢): «في الاعتبار»، وفي (ج، ض٢، ي): «للاختبار».

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٧٤)، وابن أبي الدنيا في «إصلاح المال» (٢٣٤).



واختَلَفوا فيما صادَه في المرةِ الثالثةِ؛ فقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يُؤكَلُ ويُؤكَلُ ما بعْدَ ذلك؛ لأنه يَصِيرُ مُعَلَّمًا بتَرْكِ الأكلِ ثلاثَ مراتٍ، فما صاده بعْدَ ذلك فهو صيدُ جارحٍ مُعلَّمٍ فيُؤكَلُ، وما كان قبْلَ ذلك فالتعليمُ غيرُ معلومٍ فلم يُؤْكَلْ.

وقد روَى الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: أن الثالثَ يُؤكَلُ؛ لأن ترْكَ الأكلِ في المرةِ الثالثةِ دلَّ على التعليمِ، فصار ذلك صيدَ جارحٍ مُعلَّمٍ، فأُكِل كما يُؤكَلُ ما بعْدَ ذلك[1].

قال: وتعليمُ البازيِّ أن يَرْجِعَ إذا دعَوْتَه.

لحديثِ ابنِ عباسٍ، ولأن المرجِعَ في معرفةِ ذلك إلى أهلِ الصنعةِ، وهم يَعُدُّونه تعلِيمًا.

قال: فإذا أرْسَل كلبَه المُعلَّمَ، أو بازَه، أو صقْرَه إلى صيدٍ وذكَر اسْمَ اللَّهِ تعالى عندَ إرسالِه فأخَذ الصيدَ وجَرَحه فمات حلَّ أكلُه.

وذلك لقولِه ﷺ: «إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المعلَّمَ وذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى فكُلْ». فاعْتَبَر الإرسالَ في الإباحةِ، ولأن الإرسالَ قد أُقِيم مقامَ الذكاةِ بدليلِ اعتبارِ التسميةِ عندَه، وإذا كان كذلك لم يكن بُدًّا مِن اعتبارِه.

وأما اعتبارُ التسميةِ: فلقولِه تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]. وقال ﷺ: «إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المعلَّمَ وذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عليه فكُلْ». وأما اعتبارُ الجَرْحِ، فلِما رُوِي عن النبيِّ ﷺ أنه

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٥٣)، و«العناية» (١٠/ ١١٦)، و«البناية» (١٢/ ٤١٢).



قال في صَيْدِ المِعْراضِ: «إذَا خزَقَ[1] فكُلْ، وإنْ أصَابَ بِعَرْضِهِ فلَا تَأْكُلْ فإنَّهُ وَقِيذٌ»[2]. هذا هو المشهورُ مِن المذهبِ.

وقد رُوِي عن أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ: أن الكلبَ إذا خنَقه أُكِل؛ لأن الكلبَ قد يتوصَّلُ إلى أخْذِه بالجَرْحِ وقد يتوصَّلُ بغيرِه، فكان مُوسَّعًا عليه كالجَرْحِ في غيرِ موضعِ الجَرْحِ[3].

قال: وإن أكَل منه الكلبُ لم يُؤْكَلْ.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: يؤكَلُ[4].

---

(١) في (ح، ي، غ): «جرح»، وكتب في حاشية (ح): «خرق»، وفي (ض، ظ، ع): «حرق»، وفي بعض روايات البخاري: «كل ما خزق»، وعند ابن ماجه (٣٢١٢): «إذا رميت وخزقْتَ فَكُل ما خزَقْتَ».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٣): «خَزَقَ: فعل ماض بالخاء المعجمة، والزاي المعجمة، والقاف، والفتحات؛ يقال: خزق السهم، وخسق بالسين المهملة: إذا أصاب الرمية ونفذ فيها. وهو سهم خازق وخاسق».

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٥٤، ٥٤٧٥ - ٥٤٧٧)، ومسلم (١٩٢٩) من حديث عدي بن حاتم.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٣): «المِعْرَاض بكسر الميم، وسكون العين المهملة، وفتح الراء المهملة، وآخره ضاد معجمة: سهم بلا ريش، ولا نصل».

قال: «وَقِيذ: الوقذ بالقاف، والذال المعجمة: الضرب المثخن والكسر، والوقيذ فعيل بمعنى مفعول، أي مضروب، وفي الصحاح: الموقوذة المقتولة بالخشب. وفي معالم التنزيل: قال قتادة: كانوا يضربون الشاة، فإذا ماتت أكلوها». ينظر: «الصحاح» (٢/ ٥٧٢)، و«معالم التنزيل» (٣/ ١٠)، و«شرح النووي على مسلم» (١٣/ ٧٥).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٤)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٦٦).

(٤) وهو المذهب القديم. ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٨)، و«المهذب» (١/ ٤٦١)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ١١٢).



وقد رُوِي مثلُ قولِنا عن عليٍّ، وابنِ عباسٍ، وجماعةٍ مِن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤]. فشرَط التعليمَ، وتعليمُ الكلبِ يكونُ بتَرْكِ الأكْلِ، وقد دلَّ عليه ما رُوِي عن ابنِ عباسٍ، أنه قال: «تعليمُ الكلبِ أنْ يَتْرُكَ الأكْلَ، وتعليمُ البازِيِّ أن يُجِيبَكَ إذا دَعَوْتَه»[2].

ولِما رُوِي عن عديِّ بنِ حاتمٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ وذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى فكُلْ، وإنْ أكَلَ منهُ فلا تأْكُلْ، فإنَّما أمْسَكَ عَلَى نفْسِه»[3]. ولأن تركَ الأكلِ شرْطٌ في إباحةِ الصيدِ الأوَّلِ، فكان شرْطًا في إباحةِ ما بَعْدَه، أصلُه الإرسالُ.

فإن قيل: جارحةٌ أكَل مِن الصيدِ، فلا يُمْنَعُ الأكلُ كالبازِيِّ إذا أكَل.

قيل له: الأكلُ عندنا لا يَمْنَعُ، وإنما المانِعُ فقدُ التعليمِ، فأكْلُ الكلبِ يدُلُّ على فقدِ التعليمِ، وأكلُ البازيِّ لا يدُلُّ على فقدِ التعليمِ؛ ألا تَرى أن الكلبَ يُضْرَبُ حتى يتعوَّدَ تركَ الأكلِ، والبازيُّ لا يُمْكِنُ ضربُه؛ وإنما يُعَوَّدُ العَوْدَ إلى صاحبِه والأكلَ مِن الصيدِ، فصار أكلُه دلالةً على التعليمِ بخلافِ الكلبِ.

قال: وإن أكَل منه البازِيُّ أُكِل.

---

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (٨٥١٢–٨٥١٤، ٨٥٢١)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٩١٨، ١٩٩١٩، ١٩٩٢٢، ١٩٩٢٣).

(٢) تقدَّم قريبًا.

(٣) أخرجه البخاري (٥٤٧٦، ٥٤٨٤، ٥٤٨٦، ٥٤٨٧)، ومسلم (١٩٢٩).



وقال الشافعيُّ في قولِه الجديدِ: لا يُؤكَلُ[1].

لنا: أن البازيَّ تعليمُه عوْدُه إذا دُعِي وتعوَّد الأكْلَ مِن الصيدِ[2] لِيأْلَفَ ويَضْرَى[2]، وما كان مِن جهةِ التعليمِ لا يَحْرُمُ به الأكلُ.

فإن قيل: لو كان جهةُ التعليمِ وجَب أن لا يؤكَلَ صيدُه إذا لم يأْكُلْ.

قيل له: ليس الأكلُ هو التعليمَ حتى يكونَ ترْكُه يدُلُّ على فقدِ التعليمِ؛ وإنما أحدُ طرُقِ التعليمِ.

قالوا[3]: جارحةٌ أكَل[4] مِن الصيدِ قبْلَ ثبوتِ يدِ صاحبِه عليه فلا يُؤكَلُ كالكلبِ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إن الكلبَ إذا أكَل حرُم ما تقدَّم مِن صُيودِه.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَحْرُمُ ما أكَل منه خاصةً[5]. وهو قولُ الشافعيِّ، على القولِ الذي يقولُ: أكْلُ الكلبِ محرِّمٌ[6].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديثِ عديِّ بنِ حاتمٍ: «وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلُوا فَإِنَّما أمسَكَ عَلَى نفْسِهِ». فجعَل الأكلَ علَمًا على نفْيِ التعليمِ، وصيدُ ما ليس بمُعلَّمٍ لا يُؤكَلُ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٨)، و«المهذب» (١/ ٤٦١)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ١١٢).

(٢-٢) ليس في (أ٢)، وفي (ل): «ليألف». وضَرِي الكلبُ بالصيدِ ضَراوة: تعوَّده. ينظر: «المغرب» (ص ٢٨٣).

(٣) بعده في (ل): «وكل».

(٤) في (ح، ر، ض، ل): «أكلت».

(٥) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٢٧٩).

(٦) تقدَّم قريبًا قول الشافعي: أنه يحرم أكل ما أكل منه المعلَّم.



فإن قيل: تَرْكُ الأكْلِ شرْطٌ في إباحةِ صيدِه كما أن إسلامَ المرْسِلِ شرْطٌ، ولو ارتدَّ المسلِمُ بعْدَ الصيدِ لم يؤثِّرْ في صيودِه المتقدِّمةِ؛ كذلك أكلُ الكلبِ.

قيل له: الرِّدَّةُ لا تؤثِّرُ فيما تقدَّم مِن الاعتقادِ، فلم تَسْتَنِدِ الرِّدَّةُ إلى حالةٍ سابقةٍ فلم يَقْدَحْ فيما تقدَّم، وأكلُ الكلبِ يدُلُّ على عدمِ التعليمِ، وذلك يؤثِّرُ فيما تقدَّم.

فإن قيل: إذا جاز أن يتعلَّمَ الآدَمِيُّ شيئًا، ثُمَّ يَنساهُ، جاز أن يكونَ الكلبُ كذلك، فلم يؤثِّرْ فيما تقدَّم.

قيل له: الآدَمِيُّ إنما يَنْسَى ما تعلَّمه مِمَّا طريقُه الاستدلالُ والحفظُ، فأمَّا ما طريقُه الضرورةُ كالخِياطةِ، والنِّساجةِ(1)، وما أشْبَه ذلك، فإنه لا يَنْساهُ بطريقِ التَرْكِ، بل بضَعْفٍ فيه، وتعليمُ الكلبِ مِن هذا السبيلِ لا يَنساه بالتَرْكِ، بل بضعْفٍ فيه، فإذا أكَل دلَّ على فقدِ التعليمِ في الأصلِ.

قال: وإن أدرَكَ المُرْسِلُ الصيدَ حيًّا وجَب عليه أن يُذَكِّيَه، فإن ترَك تذْكِيتَه حتى مات لم يُؤْكَلْ.

وهذا الذي ذكَره على هذا الإطلاقِ قولُ أبي حنيفةَ، فمتى أدْركه وفيه حياةٌ، فترَك ذكاتَه لم يَحِلَّ أكلُه عندَه، وسواءٌ كانتِ الحياةُ مستقِرَّةً أو غيرَ مستَقِرَّةٍ.

وقال أبو يوسفَ: إذا جرَحه الكلبُ جراحةً لا يَعيشُ مِنْ مثلِها أُكِل، ولا يَحتاجُ إلى ذكاةٍ. وعنه: اعتبارُ بقائِه أكثرَ اليومِ.

(1) في (ر، س، ي): «السباحة».



وقال محمدٌ: إن كان يَبْقَى أكثرُ مِن بقاءِ المذبوحِ فلا بُدَّ مِن ذبْحِه، وإن كان لا يَبْقَى إلا كبقاءِ المذبوحِ لم يَجِبْ ذكاتُه[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن فِعْلَ الكلبِ جُعِل ذكاةً إذا لم تثْبُتِ اليدُ على الصيدِ، فإذا ثبتَتِ اليدُ على الصيدِ فقد خرَج مِن حدِّ المتوحِّشِ وصار بمنزلةِ الشاةِ إذا اضْطَرَبَتْ للموتِ، فلم يَذْبَحْها فإنها لا تُؤْكَلُ.

وأما أبو يوسفَ: فمِن أصلِه أن الحيوانَ إذا صار بحيثُ لا يعيشُ لم يُعْتَدَّ بالذبْحِ؛ ألا تَرى أن خروجَ الروحِ لا يتعلَّقُ به وإنما يتعلَّقُ بالجرحِ المتقدِّمِ، وإذا لم يؤثِّرِ الذبحُ صار جَرْحُ الكلبِ هو الذكاةَ فأُكِل.

وأما محمدٌ فقال: إذا بَقِي يومًا أو أكثرَ فهو في حكْمِ الحيِّ؛ لأن المذبوحَ لا يَبْقَى هذا القَدْرَ فاعْتُبِرتِ الذكاةُ، وإن كان لا يَبْقَى ذلك فقد حصَل الإتلافُ بفِعْلِ الكلبِ فكأنه قتَله.

وهذا مبنيٌّ على اختلافِهم في المتردِّيَةِ، والتي شقَّ السبُعُ بطنَها فأدركَها حيةً فذبَحها جاز أكلُها؛ كانت الحياةُ خَفِيَّةً أو بَيِّنَةً في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: إذا بلَغتْ إلى حدٍّ لا يَعِيشُ مثلُها لم تُؤْكَلْ وإن ذُبِحتْ.

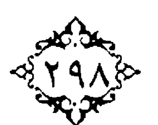
وقال محمدٌ: إن كانت تَعِيشُ اليومَ أو أكثرَ فذكَّاها أُكِلتْ، وإن كانتْ لا تَبْقَى إلا بقاءَ المذبوحِ لم يُؤْكَل[2] وإن ذُبِح[3].

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٧٨)، و«الهداية» (٤/ ٤٠٤)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٥٣)، و«العناية» (١٠/ ١٢٢).

(٢) رسمت في بغير نقط (أ، ح، س، ض، ظ)، وفي (أ٢، ر، ي): «تؤكل».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٢/ ٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٧٨)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٤٤، ٥٢)، =



وقد قال الطحاويُّ في الحيوانِ يَضْطَرِبُ للموتِ: إنه لا يَحِلُّ بالذبحِ في قولِهم.

وهذا ليس بصحيحٍ عند أبي حنيفةَ؛ لأن الذكاةَ عندَه يثبُتُ حكْمُها ببقاءِ الحياةِ.

وأما إذا أدْرَكَ الصيدَ صاحبُه حيًّا، فلم يتمكَّنْ مِن ذبْحِه لضيقِ الوقتِ أو لفقدِ الآلةِ حتى مات لم يُؤْكَلْ، وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: يؤكلُ استحْسانًا[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِهم: أنه لمَّا أثبَت يدَه عليه زال حكْمُ معْنى الامتناعِ، وبطَل اعتبارُ حكْمِ جرْحِ الكلبِ، وصار كالشاةِ إذا أدركها، وقد مَرِضَتْ فماتتْ في وقتٍ لا يتَّسِعُ لذَبْحِها، أنها لا تُؤْكَلُ.

وجْهُ الاستحسانِ: أن الذبحَ هو الأصلُ، والجرْحَ بدَلٌ عنه، والبدَلُ لا يسقُطُ حكْمُه بالتمكُّنِ مِن استعمالِ الأصلِ، فإذا أدركه في وقتٍ لا يَقْدِرُ على ذبْحِه لم يثبُتْ حكْمُ الأصلِ في حقِّه، فبَقِي حكْمُ البدَلِ.

والجوابُ: أنا لا نقولُ: العقْرُ والجرْحُ بدَلٌ عن الذبْحِ؛ بل كلُّ واحدٍ منهما ذكاةٌ لنوعٍ، فالذبْحُ ذكاةٌ لِما في يدِه، والعقْرُ ذكاةٌ لِما لا يدَ عليه.

قال: فإن خنَقه الكلبُ ولم يَجْرَحْه لم يُؤْكَلْ.

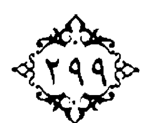
هذا هو المشهورُ عنهم، وروَى الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: أنه يؤكَلُ.

وإذا قتَله صدْمًا، أو كسَر عضوًا ولم يَجْرَحْه فإنه لا يؤكَلُ، وعن أبي يوسفَ

و«الهداية» (٤/ ٤٠٠)، و«العناية» (١٠/ ١٢٢).

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٥١)، و«البناية» (١٢/ ٤٢٤).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ١٧)، و«بحر المذهب» (٤/ ١١٨)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٤١).



ما يدُلُّ على أنه يؤكَلُ إذا كسَر عضْوًا[1].

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْهِ: يؤكَلُ في ذلك كلِّه[2].

وجْهُ المشهورِ مِن المذهبِ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن صيدِ المعراضِ فقال: «إنْ خرَق[3] فكُلْ، وإنْ أصاب بعَرْضِه فَلَا تأكُلْ، فإنَّما هُوَ وَقِيذٌ»[4].

وقولُه تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ﴾. عامٌّ فيما خنَقه الكلبُ وغيرُه، ولأنه آلةُ الاصطيادِ فاعْتُبِر فيها الجرْحُ كالسهْمِ.

فإن قيل: الكلبُ لا يُمْكِنُ تعليمُه كيفيةَ القَتْلِ، وما لا يُمْكِنُ تعليمُه يسقُطُ اعتبارُه، كالجرْحِ في محلِّ الذكاةِ.

قيل له: الكلبُ لا يَحتاجُ إلى تعليمِ الجرْحِ؛ لأنه هو طبْعُه، وترْكُ الجرْحِ نادرٌ فيه، وما هو في طبْعِه لا يُقال: إنه متعذِّرٌ، فأما الجرْحُ في محلِّ الذبْحِ فليس بغالبِ حالِه، وتعليمُه يشُقُّ فسقَط اعتبارُه كما سقَط في السهمِ ولم يسقُطِ الجرْحُ.

وجْهُ ما رُوِي عن أبي يوسفَ: أن الكسرَ جراحةٌ باطنةٌ فيه فصار كالجراحةِ الظاهِرةِ.

قال: وإن شارَكه كلبٌ غيرُ معلَّمٍ، أو كلبُ مجوسِيٍّ، أو كلبٌ لم يُذْكَرِ اسمُ اللَّهِ عليه لم يُؤكَلْ.

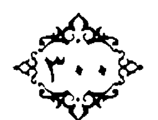
---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٤٠٥)، و«العناية» (١٠/ ١٢٣)، و«البناية» (١٢/ ٤٣٠).

(٢) وهو المعتمد. ينظر: «نهاية المطلب» (١٨/ ١١١)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٤٤).

(٣) في (س): «خرَّق»، وفي (ض، ظ، ع): «حرق»، وفي (غ): «خزق»، وفي (ل): «سرق».

(٤) تقدَّم تخريجه من حديث عدي بن حاتم.



وذلك لِما رُوِي في حديثِ عديٍّ بنِ حاتمٍ قال: «قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، إني أصِيدُ بكلابِي المعلَّمةِ.

فقال رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المعلَّمَ وذَكَرْتَ اسمَ اللَّهِ عليه فكُلْ». قال: قلتُ: وإن قتَلَتْ؟ قال: «وإنْ قتَلَتْ إذَا لم يَشْرَكْها كلبٌ لَيْسَ مِنْهَا»[1].

ولأن الكلبَ الذي هذا صفتُه لا يَحِلُّ صيدُه، فإذا شارَك الكلبَ الذي أُرْسِل فقد اجتَمع سببُ الحظرِ والإباحةِ فكان الحكْمُ للحَظْرِ.

وقد قالوا: إذا أرسَل المسلِمُ كلبَه المعلَّمَ وسمَّى، ثُمَّ زجَره مجوسِيٌّ أو مرتَدٌّ فانْزَجَر لزَجْرِه فأخَذ الصيدَ فقتَله فإنه يُؤكَلُ؛ لأن أصلَ الإرسالِ صحيحٌ فلا يؤثِّرُ إرسالُ غيرِه فيه.

ولو كان المرسِلُ مجوسِيًّا، أو مرْتدًّا، أو مِمَّنْ لا تَجوزُ ذكاتُه، أو أرْسَله مسلِمٌ ولم يُسَمِّ، ثُمَّ زجَره مسلِمٌ وسمَّى فإنه لا يُؤكَلُ؛ لأن أصلَ الإرسالِ كان فاسدًا فلا يسقُطُ حكْمُه بما هو دُونه[2]؛ ألا ترى أنه ليس بمماثِلٍ له، وصار هذا بمنزلةِ مسلِمٍ ذبَح، ثُمَّ أمرَّ المجوسِيُّ السكينَ في موضعِ الذبْحِ أنه لا يُؤثِّرُ؛ لأنه ليس بمماثِلٍ، وكذلك لو ذبَح مجوسِيٌّ، ثُمَّ أمَرَّ المسلِمُ السِّكِّينَ في موضعِ الذبْحِ لم يؤثِّرْ في الإباحةِ لِما ذكَرْنا.

قال: وإن رمَى الرجلُ بسهْمٍ[3] إلى صيدٍ وسمَّى عندَ الرمْيِ، أُكِل ما أصاب إذا جرَحه السهْمُ فمات.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٤٠٦)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٥٤).

(٣) في (أ٢، ح، غ، ي): «سهمًا».



لحديثِ عديٍّ بن حاتمٍ قال: «قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، إنِّي أرْمِي بالمِعْراضِ فأُصِيبُ فآكُلُ؟ قال: «إذا رَمَيْتَ بالمِعْرَاضِ وذكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى خَرَقَ فكُلْ، وإنْ أصابَ بعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ».

قال: وإن أدرَكه حيًّا ذكَّاه، وإن ترَكَ تذْكِيَتَه حتى مات لم يُؤْكَلْ.

وهذا لِما بيَّنَّاه في صيدِ الكلبِ، وأنه إذا حصَل في يدِه سقَط حكْمُ الجرْحِ؛ لأنه صار مقدُورًا عليه فاعْتُبِر الذبحُ فإذا لم يوجَدْ لم يَحِلَّ.

قال: وإذا وقَع السهْمُ بالصيدِ فتحامَل حتى غاب عنه، ولم يَزَلْ في طلَبِه حتى أصابَه أُكِل، وإن قعَد عن طلَبِه، ثُمَّ أصابه ميتًا لم يُؤْكَلْ.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيه: لا يَحِلُّ. وفي القول الآخرِ: يَحِلُّ أكلُه[1].

ولم يَعْتَبِرْ في واحدٍ مِن القولَيْنِ الطلَبَ أو القعودَ عنه.

أما الدليلُ على جوازِ الأكلِ إذا لم يَقْعُدْ عن طلَبِه: فما رُوِي في حديثِ عديِّ بنِ حاتمٍ أنه قال للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنِّي أرْمِي بِسَهْمٍ فأُصِيبُ فلا أقْدِرُ عليه إلَّا بعْدَ يومٍ أو يَوْمينِ؟ فقال: «إذَا قدَرْتَ عَلَيْهِ ولَيْسَ فيهِ أثَرٌ ولَا خَدْشٌ إلَّا رَمْيَتُكَ فكُلْ، وإن وجَدْتَ فيه أثَرًا غيرَ رَمْيَتِكَ فلا تأْكُلْ، فإنكَ لا تَدْرِي أنتَ قتَلْتَه أم غيرُكَ»[2].

(1) ينظر: «الحاوي» (15/ 15)، و«المهذب» (1/ 463)، و«روضة الطالبين» (3/ 252).

(2) أخرجه ابن حبان (5880)، والدارقطني (4798). وأصله في «الصحيحين» كما تقدَّم.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص 253): «خَدْش بفتح الخاء، وسكون الدال المهملة، وآخره شين معجمة: قشر الجلد».



فإن قيل: فلِمَ شرط النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيه الطلَبَ.

قيل له: لأن الكلامَ خرَج على المعتادِ، وهو أن الرامِيَ لا يَقْعُدُ عن الطلَبِ؛ ولأن الظاهِرَ أنه مباحٌ في الحالَيْنِ قامتِ الدلالةُ في[1] أحدِهما.

ولِما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرَّ بالرَّوْحاءِ[2] فرأى حمارَ وحْشٍ عَقِيرٍ[3] فأراد أصحابُه أن يأخُذُوه، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهُ». فجاء رجلٌ مِن بَهْزٍ[4] فقال: هذه رَمْيَتِي وقد وهبتُها لكم. فأمَر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يَقْسِمَها أبو بكرٍ بينَ الرُّفْقةِ»[5].

فدَلَّ ذلك على جوازِ أكْلِ ما غاب مِن الصيدِ، وإنما لم يَسألْه النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الطلَبِ؛ لأنه شاهَده طالِبًا له، فلم يَحْتَجْ إلى المسألةِ، ولأنه لم يُفرِّطْ في طلَبِه، فصار كما لو مات وهو يُشاهِدُه.

فإن قيل: الجرْحُ إنما يكونُ ذكاةً إذا كان هو القاتلَ، ومتى غاب عنه جاز أن

---

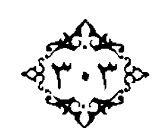
(١) في (ظ): «على».

(٢) الروحاء: موضع بقرب مكة. يقال: على نحو أربعين ميلاً من المدينة، ويقال: ثلاثين ميلًا. ينظر: «مراصد الاطِّلاع» (٢/ ٦٣٧)، و«طلبة الطلبة» (ص ٢٨).

(٣) أي: أصابه عقْرٌ ولم يمت بعد. ينظر: «النهاية» (٣/ ٢٧٢).

(٤) والنسبة إليه بهزي: بفتح الباء الموحدة وسكون الهاء بعدها زاي، نسبة إلى بهز بن امرئ القيس ابن بهثة بن سليم بن منصور بن عكرمة. ينظر: «اللباب في تهذيب الأنساب» (١/ ١٩٢).

(٥) أخرجه أحمد (١٥٤٥٠، ١٥٧٤٤)، والنسائي (٢٨١٨، ٤٣٤٤)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٢/ ١٧٢)، وابن حبان (٥١١١، ٥١١٢) من حديث عمير بن سلمة الضمري. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٢٦٦): «إسناده صحيح». وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (٨٩٨)، و«علل الدارقطني» مسألة (٣١٨٢).



يكونَ شارَكه في الموت غيرُه فلا يَجوزُ استباحتُه بالشَّكِّ.

قيل له: الجراحةُ سببُ الموتِ ولا يُعْلَمُ هناك سببٌ آخَرُ فالظاهِرُ أن الموتَ منها، بدليلِ أن الجارحَ على هذا الوجْهِ يَلْزَمُه القصاصُ، والقصاصُ لا يَجِبُ بالاحتمالِ، فدل على أن هذا التجويزَ[1] لا يُعْتَبَرُ.

ولأن التجويزَ إنما يؤثِّرُ إذا كان يُمْكِنُ الاحترازُ مِن سببِه، فإذا لم يُمْكِنْ سقَط اعتبارُه؛ ألا ترى أن الصيدَ إذا وقَع مِن الرمْيَةِ إلى الأرضِ حلَّ أكلُه مع تجويزِ أن يكون موتُه مِن وقوعِه عليها؛ لأن ذلك مِمَّا لا يُمْكِنُ الاحترازُ منه.

ولو سقَط على جبلٍ، ثُمَّ تردَّى إلى الأرضِ لم يؤكَلْ لمَّا[2] أمْكَن الاحترازُ منه[3]، والتغيُّبُ[4] لا يُمْكِنُ الاحترازُ منه فسقَط اعتبارُه[5].

وأما الدليلُ على أنه لا يُؤكَلُ إذا فرَّط في طلَبِه فحديثُ ابنِ عباسٍ: «أن رجلًا سأله فقال: إني أرْمِي فأُصْمِي وأُنْمِي. فقال: كُلْ مَا أَصْمَيْتَ وَدَعْ مَا أَنْمَيْتَ»[6].

---

(١) في (أ، ع، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «التحريم». والمثبت من باقي النسخ، ونسخة مدرجة بين السطرين في (ع).

(٢) في (ض): «ما».

(٣) في (غ): «عنه».

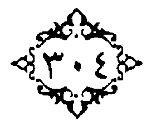
(٤) في (أ٢): «التغييب».

(٥) قال في حاشية (ح): «حكمه».

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٨٤٥٥)، وابن أبي شيبة (٢٠٠٣٦، ٢٠٠٣٧)، والبيهقي (٩/ ٢٤١) من طرق عن ابن عباس.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٤): «أصميت، الإصماء بالصاد المهملة: أن تقتل الصيد مكانه، ومعناه: سرعة إزهاق الروح، من قولهم للمسرع صميان». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٢).

=



ولأن العقْرَ ليس بذكاةٍ إلا بشرطٍ، وهو أن لا يُدْرِكَ ذكاتَه، فإذا قعَد عن طلَبِه جاز أن يكونَ لو طلَبه أدْرَكه حيًّا، فلم يكُنِ العقْرُ ذكاتَه فلم يَحِلَّ أكلُه.

فإن قيل: إذا لم يكُنْ به أثَرٌ آخَرُ، فالظاهِرُ أنه مات مِن الجرْحِ.

قيل له: نحن لا نَمْنَعُ الأكلَ لهذا المعْنى، لكن لِما بيَّنَّا أنه لو لم يقْعُدْ عن طلَبِه جاز أن يُدْرِكَه حيًّا فيَخْرُجَ الجرْحُ أن يكونَ ذكاتَه، وذلك لا يُعْلَمْ فلم يَحِلَّ أكلُه.

قال: فإن رمَى صيدًا فوقَع في الماءِ لم يُؤْكَلْ.

وذلك لما رُوِي في حديثِ عديٍّ بنِ حاتمٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذَا رَمَيْتَ بِسَهْمِكَ وذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى فوجَدْتَهُ مِنَ الغَدِ، ولَمْ تَجِدْه في ماءٍ، وليس فيه أثَرٌ غيرُ سَهْمِكَ فكُلْ»[1]. فهذا يدُلُّ على أن المرْمِيَّ إذا وقَع في الماءِ لم يُؤْكَلْ.

ولأن جرْحَ السهْمِ ليس بذكاةٍ مستقِرَّةٍ، بدلالةِ أنه لو أدْرَكه وجَب ذبحُه، فإذا حصَل سببٌ مِن أسبابِ التلَفِ يَجوزُ أن يكونَ الموتُ منه حرُم أكلُه، وليس كذلك إذا ذبَح الشاةَ فوقعتْ مِن سطحٍ فماتتْ، أو وقعتْ في ماءٍ أنها تُؤكَلُ؛ لأن الذبحَ ذكاةٌ مستَقِرَّةٌ غيرُ موقوفةٍ على شرْطٍ آخَرَ، فلا يُعْتَدُّ بما يَحْصُلُ بعْدَ ذلك مِن أسبابٍ.

وقال: «أنميت: الإنماء: أن تصيب الرمية إصابة غير قاتلة في الحال، يقال: أنميت الرمية، ونمت بنفسها. قاله ابن الأثير. وقال في المغرب: الإنماء: أن يغيب بعدما أصابه، ثم يموت».
ينظر: «النهاية» (٣/ ٥٤)، (٥/ ١٢١)، و«المغرب» (١/ ٤٨٣).

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٩)، وأصله في «الصحيحين» كما تقدَّم.



قال: وكذلك إن وقَع على سطحٍ أو جبَلٍ، ثُمَّ تردَّى منه إلى الأرضِ.

لِما بيَّنَّاه.

قال: وإن وقَع على الأرضِ ابتداءً أُكِل.

وذلك لأنه لا يُمْكِنُ الاحترازُ مِن وقوعِه على الأرضِ، فلم يُعْتَدَّ بما يكونُ منه؛ فأما وقوعُه في الماءِ، أو على الأرضِ فيُمْكِنُ الاحترازُ منه فافترَقا.

قال: وما أصاب المِعْراضُ بعَرْضِه لم يُؤْكَلْ، وإن جرَحه أُكِل.

وذلك لما رُوِي في حديثِ عديِّ بنِ حاتمٍ قال: قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، إني أرْمِي بالمِعْراضِ فأُصِيبُ أفآكُلُ؟ فقال له: «إذَا رَمَيْتَ بِالمِعراضِ وذَكَرتَ اسمَ اللَّهِ تعالى فخَزَقَ فكُل، وإذَا أصبتَ بِعَرْضِه فلا تأْكُلْ»[1].

قال: ولا يُؤكَلُ ما أصابتِ[2] البُنْدُقةُ[3] إذا مات منها.

وذلك لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ اعْتبَر الجرْحَ في خبَرِ المعْراضِ في الإباحةِ، وحرَّم ما عُدِم فيه الجرْحُ، فما قتَله الحجَرُ، والخشَبُ، والبندقةُ لم يوجَدْ فيه شرْطُ الإباحةِ فيَبْقَى على التحريمِ.

قال: وإذا رمَى[4] إلى صيدٍ فقطَع عضوًا منه أُكِل الصيدُ، ولم يُؤكَلِ العضْوُ.

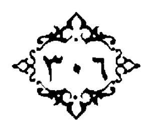
---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (أ٢): «أصابته»، وفي (س): «أصاب»، وفي (ع): «أصابه».

(٣) البندقة: طينة مدورة يُرمى بها، ويقال لها الجلاهق. ينظر: «المغرب» (ص ٥١).

(٤) بعده في (ح): «الرجل».



وذلك لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ»[1]. وهذا يُتصوَّرُ في سائرِ الأعضاءِ غيرَ الرأسِ.

قال: وإن قطعه أثلاثًا، والأكثرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ أُكِل.

فإن كان الأكثرُ مِمَّا يَلِي الرأسَ، أُكِل الأكثرُ ولم يُؤْكَلِ الأقلُّ، وقال الشافعيُّ: يُؤْكَلُ الجميعُ في الوجْهَيْنِ[2].

لنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أُبِينَ مِنَ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ». وهو عامٌّ.

فإن قيل: الخبرُ خرَج على سببٍ، وهو أنهم كانوا يَقْطَعُون الألَايا فيأكُلونها، وتَبْقَى الغَنَمُ حيةً بلا أَلْيةٍ.

قيل له: المعتبرُ بالاتِّفاقِ لِعمومِ[3] اللفْظِ دُونَ خصوصِ السببِ، ولأن العقْرَ لا يكونُ ذكاةً حالَ وقوعِه حتى يتَّصِلَ بخروجِ الرُّوحِ مِن غيرِ أن يَقْدِرَ على الذبْحِ، والحالةُ التي يَصِيرُ الجرْحُ فيه ذكاةَ العُضْوِ[4] بائن[5]، فلا يكونُ ذكاةُ الجملةِ ذكاةً له.

---

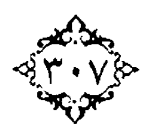
(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠) من طريق زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي واقد الليثي، بلفظ: «ما قطع من البهيمة وهي حية، فهي ميتة». قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم». ويروى مِن طرق تنظر في: «نصب الراية» (٤/ ٣١٧، ٣١٨)، و«البدر المنير» (١/ ٤٦٠-٤٦٧)، و«الدراية» (٢/ ٢٥٦).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٢)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ١٢٦)، و«بحر المذهب» (٤/ ١٢٢).

(٣) في (ض، ظ، ع): «بعموم»، وضبطها بالوجهين في (ش).

(٤) في (ر، ض١، ي): «لعضو». وينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٢٨٨).

(٥) في (ل): «بان».



فإن قيل: ما كان ذكاةً لبعضِ البدَنِ كان ذكاةً لجميعِه، أصلُه لو قُطِع الثلُثُ المقدَّمُ.

قيل له: إذا قُطِع الثلُثُ المقدَّمُ فذلك ذكاةٌ عندَ وجودِه؛ ولأن الذكاةَ هي قطْعُ الأوداجِ، والأوداجُ متصلةٌ مِن القلبِ إلى الرأسِ، ففي[1] قطْعِ ذلك قطعٌ[2] لها؛ ألا ترَى أن الذبحَ لا يُتصوَّرُ بعْدَ ذلك، ولا يَجِبُ أن تثبُتَ يدُه عليها، ولذلك كان ذكاةً للجميعِ، وليس كذلك إذا كان الأقلُّ مِمَّا يَلِي العجُزَ؛ لأنه ليس بذكاةٍ، بدليلِ أنه يترقَّبُ الذبحَ، وإنما يَصِيرُ ذكاةً عندَ خروجِ الروحِ قبْلَ القُدْرةِ، والبعضُ في تلك الحالِ بائنٌ فلا يَلْحَقُه الذكاةُ.

قال: ولا يُؤكَلُ صيدُ المجوسِيِّ، والمُرْتَدِّ، والوَثَنِيِّ.

وذلك لأن الجرحَ في الصيدِ بمنزلةِ الذكاةِ في غيرِه، فمَن لا تَصِحُّ ذكاتُه لا يَصِحُّ صيدُه[3].

قال: ومَن رمى صيدًا فأصابه ولم يُثْخِنْهُ ولم يُخرِجْه مِن حيِّزِ الامْتِناعِ فرماه آخَرُ فقتَله فهو للثاني ويُؤكَلُ.

وذلك لأن الثانيَ هو الذي صادَه، والأوَّلُ فعَل سببًا في الصيدِ لم يَقَعْ به الاصطيادُ، فصار كمَن أثار صيدًا وأخَذه غيرُه، فإنه للآخَرِ كذلك هذا، ويُؤكَلُ؛ لأن ضَرْبَ الثاني هو الذي صار به صيدًا فحَلَّ به.

---

(١) في (أ٢، س، ظ، غ): «فبقي».

(٢) في (أ٢): «قطعًا».

(٣) ينظر: «الأصل» (٥/ ٣٦٧-٣٦٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٢٥٧، ٢٥٨)، و«المبسوط» (١١/ ٢٤٥)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٤١).



قال: وإن كان الأوَّلُ أثْخَنه فرماه الثاني فقتَله لم يُؤْكَلْ.

وذلك لأن الثانِيَ رماه وقد خرَج مِن حيِّزِ الامْتِناعِ، فصار كالرمْيِ إلى شاةٍ فلا يَحِلُّ به.

قال: والثاني ضامِنٌ[1] للأوَّلِ ما نقَصَتْه جراحتُه.

وذلك لأن الأوَّلَ قد ملَكه بجراحتِه وأخْرَجه مِن حيِّزِ الامتناعِ فقد أدْخَل الثاني النقْص بفِعْلِه وهو ملْكٌ للغيرِ فيَضْمَنُ النقصانَ.

وقد قالوا: إذا مات بعْد ذلك يَلْزَمُه قيمتُه مجروحًا جراحتَيْنِ؛ لأنه أتْلَفه بفِعْلِه، إلا أنه قد غَرِم نقصانَ الجرحِ الثاني فلا يَضْمَنُه ثانيًا، والجرحُ الأوَّلُ نقص بفِعْلِ المالكِ للصيدِ فلا يَضْمَنُه الثاني[2].

وقد قالوا: لو رمَى رجلانِ صيدًا معًا فوقعتِ الرميتانِ بالصيدِ معًا فمات فإنه لهما، ويُؤكَلُ لأنهما اشترَكا في سببِ الاستحقاقِ فتَساوَيا قدْرَ الاستحقاقِ، فإن أصابه سهْمُ الأول فوقَذه، ثُمَّ أصابه سهْمُ الثانِي فقتَله؛ قال أبو يوسفَ: يؤكَلُ والصيدُ للأوَّلِ، وقال زفرُ: لا يُؤكَلُ[3].

وهذا الخلافُ مَبْنِيٌّ على اختلافِهم أن المعتبَرَ بحالِ الرمْيِ أو بحالِ الإصابةِ؛

---

(١) بعده في (ل): «القيمة»، وبعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«العناية» (١٠/ ١٣٣)، و«البناية» (١٢/ ٤٦٠)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٨٠): «لقيمته».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٥٦)، و«الهداية» (٤/ ٤١١).

(٣) ينظر: «عيون المسائل» (ص١٢٤)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٥٦)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٦١)، و«العناية» (١٠/ ١٣٣).

فعندَ أصحابِنا المعتبَرُ بحالِ الرمْيِ؛ لأنه هو الذي يتعلَّقُ بفِعْلِه، والتسميةُ معتبرةٌ عنده وقد حصَل رَمْيُهما[1] جميعًا، والصيدُ ممتنِعٌ، فلم يتعلَّق بالسهْم الثاني خطَرٌ؛ إلا أن الملْكَ للأوَّلِ؛ لأن سهمَه أخرَجه عن حيِّزِ الامتناعِ، وصار سهْمُ الثاني قد وقَع بصيدٍ مملوكٍ فلا يَسْتَحِقُّ به شيئًا.

وجْهُ قولِ زفَرَ: أن المعتبرَ بحالِ الإصابةِ، بدلالةِ أنه لو لم يُصِبْ لم يَمْلِكْ، وقد حصَل سهْمُ الثاني والصيدُ غيرُ مُمْتَنِعٍ فلم يُبَحْ، كمَن رمَى إلى شاةٍ فقتَلها.

قال: ويَجوزُ اصطيادُ ما يؤكَلُ[2] مِن الحيوانِ، وما لا يُؤكَلُ.

لعمومِ الآيِ والأخبارِ، ولأن ما لا يُؤكَلُ في صيدِه فائدةٌ؛ وهو الانتفاعُ بجلْدِه وشَعْرِه ووَبَرِه وعظْمِه.

وقد قال أصحابُنا: إذا ترسَّل[3] الكلبُ على الصيدِ بنفْسِه، فزجَره صاحبُه فانْزَجَر وأخَذ الصيدَ حلَّ أكلُه[4].

وقال الشافعيُّ: لا يَحِلُّ[5].

لنا: أن ترسُّلَ الكلبِ معنًى لا يُمْكِنُ الاحترازُ منه؛ لأنه يُشاهِدُ الصيدَ قبْلَ

---

(١) في (أ٢، ج، ض١، غ، ق، ل، ي): «منهما».

(٢) بعده في (ظ، ونسخة مختصر القدوري): «لحمه». وينظر: «العناية» (١٠/ ١٣٤)، و«البناية» (١٢/ ٤٦٣)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٨٠).

(٣) في (غ، ي): «أرسل»، وفي (ل): «تراسل».

(٤) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٢٨٣)، و«المبسوط» (١١/ ٢٣٩)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٥٥).

(٥) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٦)، و«المهذب» (١/ ٤٦١)، و«بحر المذهب» (٤/ ١٠٧)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٤٩).



أن يَشْهَدَه صاحبُه، ويَخطُو إليه بطبْعِه خطواتٍ، ثُمَّ يَزْجُرُه صاحبُه، وما لا يُمْكِنُ الاحترازُ منه يسقُطُ اعتبارُه، أصلُه وقوعُ الجرحِ في غيرِ محلِّ الذكاةِ، ولأن فِعْلَ الكلبِ لا يتعلَّقُ به حظرٌ ولا إباحةٌ؛ لأنه آلةٌ والآلاتُ لا تُوصَفُ بذلك، ولأنه لو تعلَّق بفِعْلِه حظرٌ لتعلَّق بفِعْلِه إباحةٌ كالمجوسِيِّ إذا أسْلَم، فلمَّا لم يتعلَّقْ بفِعْلِ الكلبِ إباحةٌ بحالٍ دل على أن الحظْرَ لا يتعلَّقُ به، وإنما فِعْلُ الآدَمِيِّ إذا كان بصفةٍ[1] فهو المبيحُ.

فإذا أخَذ الكلبُ الصيدَ بنفْسِه لم تَحْصُلِ الإباحةُ لفقدِ فِعْلِ الآدمِيِّ لا لوجودِ فِعْلِ الكلبِ؛ فإذا زجَره فانْزَجَر انْضَمَّ إلى فِعْلِه فِعْلُ الآدَمِيِّ، فتعلَّق الحكْمُ به وسقَط ما تقدَّم، لمَّا لم يُوصَفْ بحظْرٍ ولا إباحةٍ.

فإن قيل: ترسُّلُ الكلبِ يتعلَّقُ به الحظْرُ، وزجْرُ الآدَمِيِّ يتعلَّقُ به الإباحةُ، فاجْتَمَع سببُ التحليلِ والتحريمِ فغُلِّب حكْمُ التحريمِ، كما إذا أرْسَل مسلِمٌ ومجوسِيٌّ.

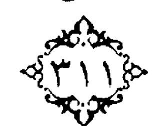
قيل له: قد بيَّنَّا أن فِعْلَ الكلبِ لا يُوصَفُ بالحظْرِ، فأما فِعْلُ المجوسِيِّ فيُوصَفُ بالحظْرِ، فلم يَصِحَّ اعتبارُ أحدِهما بالآخَرِ.

وقد قالوا: لو أرْسَل كلبَه وسمَّى فما أخَذ في ذلك الفَوْرِ مِن الصيدِ فقتَله فإنه يُؤْكَلُ واحدًا كان أو جماعةً؛ لأنه لم ينْقَطِعْ عن حالِ الإرسالِ ولا يُمْكِنُ تعيينُ صيدٍ بعينِه، فصار صيدُه لاثْنَيْنِ كإصابةِ السهْمِ لصيدَيْنِ، فإن جثَم على الصيدِ طويلًا، ثُمَّ مرَّ به صيدٌ آخَرُ فأخَذه فقتَله لم يُؤْكَلْ[2].

---

(١) رسمت في (أ، ض، ظ) بغير نقط أوله، وفي (أ٢، س، ع، ل): «نصفه».

(٢) (٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٧٦)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٥٥).



وكذلك إن أرْسَل الكلبَ أو غيرَه فعدَل عن الصيدِ يمنةً أو يسرةً وتشاغَل بغيرِ طلَبِ الصيدِ، ثُمَّ تبع صيدًا آخَرَ فأخذه فإنه لا يُؤكَلُ إلا بإرسالٍ مستقْبَلٍ، أو أن يَزْجُرَه صاحبُه ويُسمِّي فيَنْزَجِرَ، وذلك لأن حكْمَ الإرسالِ الأوَّلِ قد انْقَطَع بهذه المعاني، فلا بُدَّ مِن اعتبارِ تجدُّدِ إرسالٍ في الإباحةِ.

فأما الفهدُ فمِنْ عادتِه إذا أُرْسِل أن لا يَتْبَعَ الصيدَ، بل يَكْمُنُ ويَمْكُثُ ساعةً ليتمكَّنَ منه، ثُمَّ يأخْذَه، وهذا لا يؤثِّرُ ويُؤْكَلُ صيدُه.

ولو فعَل الكلبُ أيضًا ذلك أُكِل صيدُه؛ لأن هذا مِن أسبابِ الاصطيادِ فلا يَقْطَعُ حكْمَ الإرسالِ كالوثوبِ، وكذلك السهْمُ إذا مضَى على سَنَنِه[1] لم يَنْقَطِعْ حكْمُ الرمْيِ فيه، فإن أمالَتْه الريحُ إلى ناحيةٍ أخرى عن سَنَنِه الأوَّلِ انقطَع حكْمُ الرمْيِ الأوَّلِ وصار إصابةً بغيرِ فِعْلِ الرامِي فلا يُؤْكَلُ.

وقد رُوِي عن أبي حنيفةَ: فمَن سَمِع حِسًّا فظنَّه صيدًا فرماه فإذا هو شاةٌ وأصاب غيرَه لم يُؤْكَلْ، ولو ظنَّه شاةً فرماه فإذا هو صيدٌ أُكِل.

وقال محمدٌ: لا آكُلُ إلا بشرطَيْنِ: أن يكون الحِسُّ صيدًا، وهو يَظُنُّ أنه صَيْدٌ[2].

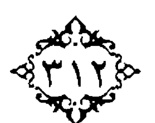
وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المرمِيَّ إذا كان صيدًا وقد عيَّنه بالرمْيِ، لم يُعْتَبَرْ ظنُّه، وصار كأنه رماه وهو لا يَعْلَمُ ما هو، وأما إذا رماه وهو شاةٌ فقد رمَى إلى ما ليس بصيدٍ فلا يُعتبرُ إصابةَ[3] الصيدِ، كما لو رمَى غرَضًا فأصاب صيدًا.

---

(١) في (ج، ظ): «سنه»، وغير منقوطة في (ض)، وفي (ض٢): «سنته»، وفي (غ، ل): «سببه».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٧٦)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٥٧).

(٣) في (أ٢): «إصابته».



وجهُ قولِ محمدٍ: أن الرمْيَ يَقِفُ على القصدِ، بدلالةِ أن مَن رمَى غَرَضًا فأصاب صيدًا لم يُؤْكَلْ، وقد حصَل رَمْيُه إلى ما ليس بصيدٍ فلم تتعلَّقْ به الإباحةُ.

قال: وذبيحةُ المسلِمِ والكِتابيِّ حلالٌ.

أما ذكاةُ المسلِمِ فلا خلافَ في جوازِها[1]؛ وأما ذكاةُ الكتابيِّ فلقولِه تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وهو عامٌّ، ولا يَجوزُ أن يُقالَ: إن المرادَ به غيرُ الذبائحِ؛ لأنه لو كان كذلك لم يكن لتخصيصِه بأهلِ الكتابِ مَعْنًى؛ ولأنه مؤمِنٌ بكتابٍ مِن كتُبِ اللّهِ تعالى، وتَحِلُّ مناكحتُه فصار كالمسلِمِ.

وقد قال الشافعيُّ: إن ذبائحَ بني تَغْلِبَ، وذبائحَ نصارى العرَبِ لا تُؤْكَلُ[2].

وهذا لا يَصِحُّ لِما ذكَرْناه.

فإن قيل: رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ أنه قال: «نصارى العربِ مِن أهلِ الكتابِ لا تَحِلُّ ذبائِحُهم»[3]. وعن عليٍّ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ: «لا تأكُلوا ذبائحَ بني تَغْلِبَ»[4].

قيل له: ذكَر الطحاويُّ، عن ابنِ عباسٍ: «كُلُوا مِن ذبائحِ بَنِي تغلِبَ، وتزوَّجُوا مِن نسائهم»[5]. فتعارَضا؛ ولأن عليًّا رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ علَّل ذلك بأنهم لم يتمسَّكُوا بدِينِ

(١) في (ج، ح، غ): «فيه»، وفي (ل): «في وجوبها»، وفي (ي): «فيها».

(٢) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٥٤)، (٥/ ٨)، و«المهذب» (١/ ٤٥٧)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٣٣٩).

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/ ٦٠٤)، (٥/ ٤٣٥، ٦٩٠، ٦٩١)، (٦/ ١٨) ومن طريقه البيهقي (٩/ ٢١٦، ٢٨٤).

(٤) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/ ٦٠٤)، (٥/ ٦٩٤)، (٦/ ١٨)، وابن جرير في «تهذيب الآثار» (٣٥٨/ مسند علي). ومن طريق الشافعي أخرجه البيهقي (٩/ ٨٥، ٢٨٤).

(٥) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (١٥/ ٤٠١).



النصارى، ولم يُعَلِّله بكونِهم مِن العرَبِ.

فأما ذبيحةُ الصبيِّ والمجنونِ فإن كانا يَعْقِلانِ الذبحَ ويَضْبِطانِ التسميةَ فإنها تُؤكَلُ، وكذلك السكرانُ، فإن لم يَعْقِلوا ذلك لم تُؤكَلْ؛ لأنه ذَبَحَ مِن غيرِ التسميةِ[1]، إذا كان لا يَعْقِلُ التسميةَ.

قال: ولا تُؤْكَلُ ذبيحةُ المجوسِيِّ، والمُرْتَدِّ، والوَثَنِيِّ، والمُحْرِمِ.

وذلك لأن الإباحةَ مأخوذةٌ مِن الشرعِ، وقد وردَتْ مختصَّةً بأهلِ الكتابِ دُونَ غيرِهم، فمَن سِواهم على أصلِ الحظْرِ، ولأن المرتدَّ لا يُقَرُّ على الدِّينِ الذي انتقَل إليه، فصار بمنزلةِ الوَثَنِيِّ لا يُقَرُّ على دِينِه.

فأما المُحْرِمُ إذا ذبَح الصيدَ في الحلِّ أو في الحرمِ فإنه لا يُؤْكَلُ، وذلك لأن اللَّه تعالى سمَّى ذبْحَ المحرِمِ قَتْلًا، فقال: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]. والقتْلُ في الشرعِ عبارةٌ عمَّا لا يُؤكَلُ، ولأنه ممنوعٌ مِن الذبْحِ لمعْنًى فيه مِن جهةِ الدِّينِ فصار كالمجوسِيِّ.

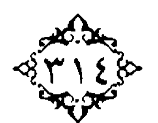
ولا يؤْكلُ أيضًا ما ذبَحه الحلالُ مِن الصيدِ في الحرَمِ؛ وذلك لأنه ممنوعٌ مِن ذَبْحِه في الحرمِ لحقِّ اللَّهِ، كما مُنِع المحرِمُ مِن ذلك حالَ إحرامِه، فإن ذبَحا غيرَ الصيدِ جاز الأكلُ؛ لأنه لا يُمْنَعُ مِن ذَبْحِه، فصار كالحلالِ إذا ذبَح في غيرِ الحرَمِ.

قال: وإن ترَك الذابِحُ التسميةَ عمْدًا فالذبيحةُ مَيْتَةٌ لا تُؤْكَلُ[2].

---

(١) بعده في (أ٢): «فلا يؤكل».

(٢) ينظر: «الأصل» (٥/ ٣٩٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٢٩٠)، و«النتف» (١/ ٢٢٨)، و«المبسوط» (١١/ ٢٣٦).



وقال الشافعيُّ: يُؤكَلُ. وكذلك الخلافُ إذا ترَكَ التسميةَ عندَ إرسالِ الكلبِ على الصيدِ[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]. وهذا نهيٌ وظاهرُه التحريمُ.

ولِما رُوِي في حديثِ عديٍّ بنِ حاتمٍ أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المعلَّمَ وذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تعالى»[2]. والمقصودُ بهذا الكلامِ بيانُ ما يَحِلُّ ويحرُمُ، وقد دلَّ[3] أن الإباحةَ موقوفةٌ على هذا الشرطِ، ورُوِي أنه قال له أيضًا: «وَإنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُه فَلَا تَأْكُلْ، فَإنَّما سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ». فجعَل العلَّةَ في التحريمِ عدمَ التسميةِ.

ولأن ذبْحَ الهدايا قُربةٌ مقصودةٌ بنفْسِها شُرِع فيها ذكْرُ اللَّهِ تعالى، فكان شرْطًا كتكبيرةِ الصلاةِ.

فإن قيل: ذكاةٌ لم يُفْقَدْ فيها غيرُ التسميةِ، فوجَب أن تكونَ مُبيحةً[4] كما لو تركَها ناسِيًا.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنه لا يُفقَدُ غيرُ التسميةِ؛ لأنه إذا ترَكها مع الذكْرِ فقد خالَف موضوعَ الشرْعِ وتشبَّه بالمشركِينَ، والناسِي لا يُوجَدُ فيه ذلك، ولأن النسيانَ عذْرٌ، وقد تسقُط الفرائضُ في حالِ العُذْرِ، وإن لم يسقُطْ عندَ عدمِه.

---

(١) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٤٩، ٢٥٧)، و«الحاوي» (١٥/ ١٠)، و«المهذب» (١/ ٤٥٩)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٠٥).

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) بعده في (أ٢): «على».

(٤) في (أ٢): «مباحة».



قال: وإن تركها ناسيًا أُكِل[1].

وقال مالكٌ: لا تُؤْكَلُ[2].

لنا: ما رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عمَّن نَسِي التسميةَ على الذبيحةِ؟ فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اسْمُ اللَّهِ عَلَى لِسانِ كُلِّ مُسْلِمٍ»[3]. ولأن الناسِيَ غيرُ مخاطَبٍ بما نَسِيه، وإذا كان كذلك فلم يَتْرُكْ عندَ الذبْحِ فرْضًا عليه فجاز الأكلُ.

وكذلك قالوا في الكتابيِّ إذا ترَك التسميةَ عامِدًا: لم تُؤْكَلْ ذبيحتُه؛ لأن عدمَ ذلك مِن المسلِمِ لمَّا منَع مِن الأكْلِ فعدَمُه مِن الكتابي أوْلى[4].

قال: والذكاةُ في الحَلْقِ واللَّبَّةِ.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذَّكَاةُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ»[5]. ورُوِي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

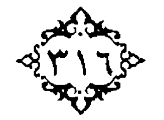
(١) في (أ٢): «تؤكل»، وفي (نسخة مختصر القدوري): «أكلت». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٨١).

(٢) المذهب أنه لا يضر النسيان، ويجوز أكلها. ينظر: «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٠)، و«المعونة» (١/ ٦٩٨)، و«الجامع لمسائل المدونة» (٥/ ٧٩٦)، و«القوانين الفقهية» (ص ١٢٤).

(٣) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٤٧٦٩)، والدارقطني (٤٨٠٣) من طريق مروان بن سالم، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة. قال الدارقطني: «مروان ابن سالم ضعيف». وينظر: «الأحكام الوسطى» (٤/ ١٣٥)، و«بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٧٩-٥٨١)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٦٣٥، ٦٣٦)، و«مجمع الزوائد» (٤/ ٣٠)، و«الدراية» (٢/ ٢٠٦).

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ١٦٩)، (٧/ ٢٣٠)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٨٧، ٢٨٨)، و«البناية» (١١/ ٥٢٩).

(٥) أخرجه الدارقطني (٤٧٥٤) من طريق سعيد بن سلام العطار، عن عبد اللَّه بن بديل الخزاعي، =



قال: «الذكاةُ ما بَيْنَ اللَّبَّةِ واللَّحْيَيْنِ»(1).

قال: والعُرُوقُ التي تُقْطَعُ في الذكاةِ أربعةٌ: الحُلْقُومُ، والمَرِيءُ، والوَدَجانِ، فإذا قطعها حلَّ الأكْلُ(2).

وذلك لأنهم أجْمَعُوا على اعتبارِ هذه العُرُوقِ، وأن مَن قطَعها فقد أتَى بالذكاةِ المأمورِ بها على تمامِها.

قال: وإن قطَع أكثرَها فكذلك عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا بُدَّ مِن قطْعِ الحُلْقُومِ والمَرِيءِ وأحدِ الوَدَجَيْنِ(3).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه قطَع أكثرَ العُرُوقِ فوجَب أن يَحِلَّ، كما لو قطَع الحلقومَ والمريءَ وأحدَ الودَجَيْنِ.

عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة. قال ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٦٤٠): «هذا إسناد ضعيف جدًّا». وينظر: «نصب الراية» (٢/ ٤٨٤)، (٤/ ١٨٥)، و«البدر المنير» (٥/ ٦٨٦، ٦٨٧)، و«الدراية» (٢/ ٢٠٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٤): «اللَّبَّة بفتح اللام، وبعدها موحدة: النقرة التي فوق الصدر، ومنها تنحر الإبل. وقال في المغرب: اللَّبَّة: المنحر من الصدر». ينظر: «المغرب» (٢/ ٢٣٩).

(1) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٨٥): «غريب بهذا اللفظ». وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٠٧): «لم أجده».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٤): «اللَّحْيان بفتح اللام، وسكون الحاء المهملة: تثنية اللَّحي، وهو: العظم الذي عليه الأسنان».

(2) في حاشية (ي): «والودجان: هما عرقان محيطان بالحلقوم. والمريء مهموز: وهو مجرى الطعام والشراب، وهو تحت الحلقوم. والحلقوم بضم الحاء والقاف: وهو مجرى النفس. الكرخي».

(3) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٤٨)، و«العناية» (٩/ ٤٩٤)، و«البناية» (١١/ ٥٥٤).



وجْهُ قولِهما: أن كلَّ واحدٍ مِن هذه العُرُوقِ يختَصُّ بمعْنًى؛ فالحلقومُ مَجْرَى النفَسِ، والمريءُ مَجْرَى الطعامِ، والوَدَجَانِ مَجْرَى الدمِ؛ فلا بُدَّ مِن قطْعِ كلِّ ذلك إلَّا أن أحدَ الودَجَيْنِ ينوبُ عن الآخرِ، ولا ينوبُ عن الحلقومِ والمريءِ شيءٌ فيَجِبُ قطْعُها[١]، هذا هو الظاهِرُ مِن قولِهم.

وكان أبو الحسنِ يقولُ: لا بُدَّ مِن قطْعِ الأكثرِ مِن كلِّ واحدٍ مِن العُرُوقِ عندَ أبي حنيفةَ.

وظاهِرُ روايةِ أبي يوسفَ عنه تقْتَضِي خلافَ ذلك.

وعن محمدٍ: لا بُدَّ مِن قطْعِ الأربعة أو الأكثرِ مِن كلِّ واحدٍ، قال: لأنه متى ترَكَ واحدًا مِن هذه العُرُوقِ يَبْقَى الحيوانُ أكثرَ مِن بقاءِ المذبوحِ فصار كبقاءِ الحلقُوم[٢].

وقد قال الشافعيُّ: إذا قطَعَ الحلقومَ والمرِيءَ حلَّ، وإن لم يَقْطَعْ أحدَ الوَدَجَيْنِ[٣].

وهذا لا يَصِحُّ: لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وأفْرَى الأوْداجَ فكُلْ»[٤].

---

(١) في (أ٢، س): «قطعهما».

(٢) (٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦٨)، و«الهداية» (٤/ ٣٤٩).

(٣) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٥١، ٢٥٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩١)، و«الحاوي» (١٥/ ٨٧)، و«المهذب» (١/ ٤٥٩).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٦): «أفْرَى بفتح الهمزة، وسكون الفاء، وفتح الراء المهملة، والقصر: يقال: فريت الشيء، أفريه فريًا؛ إذا شققته وقطعته للإصلاح. وأفريته؛ إذا قطعته على وجه الفساد. والفَرْي بفتح الفاء، وسكون الراء، وآخره ياء آخر الحروف: القطع. فالأول كما يفري الذابح والسبع. والثاني كما يفري الخراز الأديم. قال في المغرب: =



وإنهارُ الدمِ يكونُ بقَطْعِ الودَجِ الذي هو مجرَى الدمِ، ثُمَّ ذكَر الأوداجَ بلفْظِ الجمْعِ وحقيقتُه ثلاثةٌ، فمَنِ اعْتَبر اثنين فقد خالَف الظاهِرَ، ولأنه مجرًى لِما به قوامُ الحياةِ، فكان قطْعُه شرْطًا في الذكاةِ كالحلقومِ والمرِيءِ.

فإن قيل: قطْعٌ مُوجِئٌ[1] مِن محلِّ الذكاةِ، فكان ذكاةً صحيحةً، أصلُه إذا قطَع الأكثرَ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنه مُوجِئٌ[2]، ولأنه إذا قطَع الأكثرَ فقد حصَل العقْرُ في العروقِ التي شُرِطتْ في كمالِ الذبائحِ، فإذا ترَك الودَجَ فالمقصودُ به لا يُستَدْرَكُ بغيرِه، فصار كما لو ترَك الحلقومَ.

قال: والذبح باللِّيطَةِ، والمَرْوةِ، وبكلِّ شيءٍ أنْهَر الدمَ إلَّا السِّنَّ القائمَة، والظُّفْرَ القائمَ[3].

وقد جاء فرى بمعنى أفرى؛ إلا أنه لم يسمع به ي الحديث». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١٠١)، و«المغرب» (٢/ ١٣٨).

قال: «الأوْداج بالدال المهملة، والجيم: واحدها وَدَجٌ بالتحريك، والودجان: عرقان غليظان على جانبي ثغرة النحر. وقيل: الأوداج ما أحاط بالعنق من العروق. والمعنى: قطعها وشقها فأخرج ما فيها من الدم».

(١) في (أ٢): «مودج الحلقوم»، وفي (س): «مودج»، وفي (ض): «ودجًا»، وفي (ل): «محرج»، وفي (ي): «ميرج»، وقد تصحفت في «التجريد» (١٢/ ٦٣٠٥) إلى: «موصى».
والوَجْءُ: اللَّكزُ. ووَجَأه باليدِ والسِّكِّينِ وَجأً، مقصورٌ: ضَربَه. ووَجَأ في عُنُقِه كذلك. وقد تَوَجَّأتُه بيدي، ووُجِئَ فهو مَوجُوءٌ، ووَجَأتُ عُنُقَه وَجأً: ضَرَبتُهُ. ينظر: «لسان العرب» (١/ ١٨٥) (و ج أ)، و«تاج العروس» (١/ ٤٢٨) (و ج أ).

(٢) في (أ٢، س): «مودج»، وفي (ض): «ودج».

(٣) قال في حاشية (ظ): «الليطة: القصب. والمروة: حجر أبيض كالسكين يذبح بها. النخاع: =



والأصلُ في جوازِ الذبائحِ بغيرِ الحديدِ ما رُوِي أن عديَّ بنَ حاتمٍ قال: قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، أرأيتَ أحدَنا أصابَ صيدًا وليس معه سِكِّينٌ أيُذَكِّي بمروةٍ أو شِقَّةِ العصا؟ قال: «أَنْهِرِ الدَّمَ[1] بِمَا شِئْتَ، وَاذْكُرِ اسْمَ اللَّهِ»[2].

فأما السنُّ القائمةُ، والظفرُ القائمُ أي: المتصلِ، فإنه لا يَتأتَّى به القطْعُ؛ لأن التصرُّفَ لا يَقَعُ فيه كالتصرُّفِ في الآلةِ المنفصِلةِ، فإنما يَعْتَمِدُ به فيَفْسَخُ، فلذلك لم يَحِلَّ.

وأما السِّنُّ المنفَصِلُ، والظفرُ المنفَصِلُ، فيَجوزُ الذبْحُ بهما[3]، وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[4].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْهِرِ الدَّمَ بِما شِئْتَ وَكُلْ». ولأنها آلةٌ تَفْرِي الأوداجَ وتَقْطَعُ، فجاز الذبْحُ بها كالحديدِ.

فإن قيل: رُوِي أن رافعَ بنَ خديجٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قُلْتُ للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، والفتح والضم لغة في الكسر، والأصل أن ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذبح فهو مكروه، فإن قيل: زيادة الألم قد توجد في الوصول إلى العظم أيضًا قبل أن يبلغ النخاع. قلنا: ذلك لا يمكن الاحتراز عنه فكان عفوًا».

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٤): «أَنْهِر الدَّم: أمر، أي: أسِلْه».

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٢٤)، والنسائي (٤٣٠٤، ٤٤٠١)، وابن ماجه (٣١٧٧). وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٢٥١): «هذا الحديث صحيح».

وشِقَّة العصا بكسر الشين المعجمة، أي: ما يشق منها ويكون محدَّدًا. ينظر: «عون المعبود» (٨/ ١٦).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٢٢٥)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٠٣)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٤٢).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٨)، و«بحر المذهب» (٤/ ١٢٩)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٠٤).



إذا لم يكن معنا مُدًى أنُذَكِّي باللِّيطةِ؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلُوا، إلَّا ما كَانَ مِنْ سِنٍّ أو ظُفُرٍ فإنَّ السِّنَّ عَظْمٌ مِن الإنسانِ، والظُّفُرَ مُدَى الحَبَشَةِ»[1].

قيل له: المرادُ بذلك السنُّ القائمةُ والظفرُ القائمُ، بدليلِ أن الحبشةَ كانت تَفْعَلُ ذلك إظهارًا لِلْجَلَدِ، وبدليلِ ما رُوِي في بعض الأخبارِ: «إلَّا مَا كَانَ قَرْضًا بِسِنٍّ أَوْ حَزًّا بِظُفُرٍ»[2]. والقَرْضُ إنما يكونُ بالسِّنِّ القائمةِ.

قال: ويُستَحَبُّ أن يُحِدَّ الذابِحُ شَفْرَتَه.

وذلك لِما روَى شدادُ بنُ أوْسٍ، أن رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إنَّ اللَّهَ تعالى كتَبَ الإحْسَانَ علَى كلِّ شَيْءٍ؛ فَإذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وإذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبِيحَةَ[3]، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[4].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٦، ٥٥٠٩، ٥٥٤٣، ٥٥٤٤)، ومسلم (١٩٦٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٥): «اللِّيطَة بكسر اللام، وسكون الياء آخر الحروف، وبعدها طاء مهملة: قشر القصب والقنا». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٦٧).

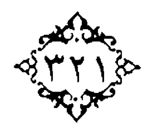
قال: «المُدَى بضم الميم، وفتح الدال المهملة: جمع مُدْية بضم الميم أيضًا، وهي السكين».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٢)، و«المغرب» (٢/ ١٦٩).

(٣) في (أ٢، ر، ض، ي): «الذبحة»، وهو الموافق لما في الترمذي (١٤٠٩)، والنسائي (٤٤٠٥)، وفي مصدر التخريج بلفظ: «الذبح».

(٤) أخرجه مسلم (١٩٥٥).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٥): «الشَّفْرَة بفتح الشين المعجمة، وسكون الفاء، وفتح الراء المهملة، وتاء التأنيث: السكين العريضة».



قال: فإن قطَع[1] بالسِّكِّينِ النُّخاعَ، أو قطَع الرأسَ كُرِه له ذلك، وتؤكَلُ ذَبيحتُه[2].

وذلك لأنه زيادةٌ في ألَمِها لا يُحتاجُ إليه في الذكاةِ فكُرِه له فِعْلُه، كما لو جرَحها، ثُمَّ ذبَحها، وقد رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى رجلًا قد أضْجَع شاةً، وهو يُحِدُّ شفْرَتَه، فقال له: «لَقَدْ أَرَدْتَ أَنْ تُمِيتَهَا مَيْتَاتٍ، أَلَا حَدَدْتَها قَبْلَ أَنْ تُضْجِعَهَا»[3].

ورأى عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رجلًا قد أضْجَعَ شاةً، وترَكَ رِجْلَه على صَفْحةِ وجْهِها، وهو يُحِدُّ الشفْرَةَ، فضرَبه بالدِّرَّةِ، وقال: «هَلَّا حَدَدْتَها قَبْلَ أن تَضَعَ رِجْلَكَ [4]مَوْضِعَ وَضَعْتَهَا[4]». فهذا يدُلُّ على كراهةِ كلِّ ما يَزِيدُ في ألَمِها.

وإنما قُلْنا: تُؤكَلُ لأن الذكاةَ قطْعُ العُرُوقِ المشروطة، وقد وجد ذلك، فما

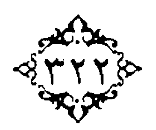
---

(١) في (أ، س، ع): «ذبح»، وفي (أ٢، ر، ض، ل): «بلغ».

(٢) قال في حاشية (ي): «السكين تسمى بذلك؛ لأنها تسكن حركة المذبوح، ذكر النحاس، وابن فارس: فيه لغتان؛ التذكير والتأنيث. قال: وحكى الكسائي: سكينة. قال ابن الأعرابي: يقال للسكين مَدية ومِدية ومُدية ثلاث لغات. قال الزجاج: وهي مشتقة من المدَى، وهو الغاية؛ لأن بها مد الأجل».

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٣٢) ح(١١٩١٦)، وفي «الأوسط» (٣٥٩٠)، والحاكم (٤/ ٢٣١، ٢٣٣) من حديث عاصم الأحول، عن عكرمة، ابن عباس. قال الطبراني: «لم يصل هذا الحديث عن عاصم، عن عكرمة، عن ابن عباس، إلا عبد الرحيم بن سليمان، تفرَّد به: يوسف بن عدي». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٨٨)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٤٣)، و«الدراية» (٢/ ٢٠٧، ٢٠٨).

(٤-٤) في (أ٢): «موضعًا وضعتها». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٨٣).
والأثر أخرجه بنحوه البيهقي (٩/ ٢٨٠).



زاد على ذلك لا يمنع الأكل بعد وجود الذكاة.

قال: وإن ذبَح الشاةَ[1] مِن قفاها؛ فإن بَقِيتْ حيَّةً حتى قطَع العُرُوقَ جاز ويُكْرَهُ.

وذلك لأن قطْعَ العُرُوقِ المشروطةِ في الذكاةِ وُجِد مع حياتِها، وما زاد على ذلك فهو كما لو جرَحها، فيُكْرَهُ ولا يَمْنَعُ الأكْلَ.

قال: وإن ماتتْ قَبْلَ قطْعِ العُرُوقِ لم تُؤْكَلْ.

لأن الذكاةَ لم تُوجَدْ؛ ألا تَرى أن الذكاةَ إنما تكونُ بقطْعِ العُرُوقِ مع وجودِ الحياةِ، ولم يُوجَدْ ذلك.

قال: وما استأْنَس مِن الصَّيْدِ فذكاتُه الذبْحُ.

وذلك لأن الجرحَ في الصيدِ إنما أُقِيم مقامَ الذكاةِ لعدَمِ ثبوتِ اليدِ عليه، فإذا استأْنَس صار كالغَنَمِ فيُعْتَبَرُ أصلُ الذكاةِ، وهو الذبْحُ.

قال: وما تَوَحَّش مِن النَّعَمِ فذكاتُه العَقْرُ والجَرْحُ.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي: أن بعيرًا ندَّ فرمَاه رجلٌ فقتَله، فقال رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ لِهَذِهِ الإبِلِ أوابدَ كأوابِدِ الوَحْشِ، فإذَا صَنَعَتْ هَكَذا فاصْنَعُوا هَكَذَا»[2]. ولأن الحكْمَ لا يعُودُ إلى الجنْسِ، وإنما يتعلَّق بالقُدْرةِ وعدمِها، وإذا

(١) في (أ، ر، ض، ع، ل): «شاة».

(٢) هو من حديث رافع بن خديج، وقد تقدَّم تخريجه تحت قول الماتن: «والذبح باللِّيطَةِ، والمَرْوةِ، وبكلِّ شيء أنْهَر الدمَ إلَّا السِّنَّ القائمَة، والظُّفْرَ القائمَ».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٥): «نَدَّ: فعل ماض بفتح النون، وتشديد الدال =



لم يُقْدَرْ على المستَأْنَسِ صار كالصيدِ، وإذا قُدِر على المتوحِّشِ صار كالمستَأْنَسِ.

قال: والمستَحبُّ في الإبِلِ النحْرُ، فإنْ ذبَحها جاز ويُكْرَهُ، والمستَحَبُّ في البقَرِ والغَنَمِ الذبْحُ، فإن نحَرها جاز ويُكْرَهُ.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢].

قيل في التأويلِ: وانْحَرِ الإبِلَ، وقال في الغَنَمِ: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧] فسمَّاها ذبْحًا، وقال اللَّهُ تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]. وذبَح النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ البقَرَ والغَنَمَ، ونَحَر الإبِلَ.

ولأن المعتبرَ في الذكاةِ الأسهلُ على الحيوانِ، بدليلِ ما رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إنَّ اللَّهَ تعالى كَتَبَ الإحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبيحةَ[1]، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[2]. والأسهلُ في الإبلِ النحْرُ؛ لأن اللَّبَّةَ منها ليس عليها لحمٌ، وما سِواه مِنْ حَلْقِها[3] ....

المهملة؛ شرد وذهب على وجهه».

وقال في (ص ٢٥٥، ٢٥٦): «أَوَابِد بفتح الهمزة، وكسر الباء الموحدة، وآخره دال مهملة: جمع آبِدة بالمد، وكسر الباء، وفتح الدال: وهي التي توحشت ونفرت من الإنس. قال في المغرب: أوابد الوحش: نُفَّرها، الواحدة آبدة، من أَبَدَ أُبُودًا: إذا نفر، من باب طلب وضرب؛ لنفورها من الإنس، أو لأنها تعيش طويلًا، وتأبد: توحش. وقال ابن الأثير: يقال: أبدت تأبِد وتأبُد، يعني بكسر الباء وضمها، كما أشار إليه في المغرب، بقوله: من باب ضرب وطلب». ينظر: «النهاية» (١/ ١٣)، و«المغرب» (١/ ٢٣).

(١) في (أ٢، ض، ي): «الذبحة».

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (أ٢، ل): «خلفها»، ورسمت بغير نقط في (ض)، وفي (غ): «خلقها».



عليها[1] لحمٌ كثيفٌ، والبقرُ والغنَمُ حلْقُها على حدٍّ واحدٍ فلذلك لم يُنْحَرْ[2].

فأما وجْهُ الكراهةِ: فلأنه زيادةٌ في ألَمِها لا يُحتاجُ إليه في الذكاةِ، كما لو جرَحها في موضعٍ آخَرَ.

وعن مالكٍ: إذا ذبَح البُدْنَ[3] لم تُؤْكَلْ[4].

ولا يَصِحُّ: لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْهِرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ وَكُلْ»[5].

قال: ومَن نحَر ناقةً، أو ذبَح بقرةً أو شاةً فوجَد في بطْنِها جَنِينًا ميتًا لم يؤكل، أشْعَر أو لَمْ يُشْعِرْ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا تَمَّ خَلْقُه أُكِلَ[6]. وهو قولُ الشافعيِّ[7].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذَّكَاةُ فِي الحَلْقِ واللَّبَّةِ». وقال: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وفَرَى[8] الأَوْدَاجَ فكُلْ». ولأنه لا يَخْلُو إما أن يكونَ مِن جنسِ الحيوانِ المقدُورِ على ذكاتِه فيُشترَطَ ذبْحُه، أو من جنسِ ما لا يُقْدَرُ على ذكاتِه

(١) في (أ٢، ر، ض): «عليه».

(٢) رسمت بغير نقط في (أ، ح)، وفي (ر، غ، ل): «تنحر»، ورسمت في (ي) هكذا: «ينحرها».

(٣) في (أ٢): «الإبل».

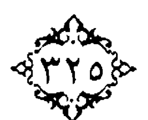
(٤) ينظر: «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٧)، و«القوانين الفقهية» (ص ١٢٣)، و«منح الجليل» (٢/ ٤٣٠).

(٥) تقدَّم تخريجه.

(٦) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٢٦١)، و«العناية» (٩/ ٤٩٨)، و«البناية» (١١/ ٥٧٠).

(٧) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ١٤٨)، و«بحر المذهب» (٤/ ٢٤٠)، و«التهذيب» (٨/ ٢٥).

(٨) في (أ٢، ي): «أفرى».



فيُشترطَ عقرُه، ولم يُوجَدْ ذبحٌ ولا عقرٌ فلا يَحِلُّ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ»[1].

قيل له: معناه: بمثْلِ ذكاةِ أُمِّه، فحَذَف المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامَه، وهذا كثيرٌ في الكلامِ؛ قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَشَٰرِبُونَ شُرْبَ ٱلْهِيمِ﴾ [الواقعة: ٥٥] يَعْنِي: مِثْلَ شُرْبِ الهِيمِ.

فإن قيل: إنه في حكمِ الجزْءِ منها بدليلِ أنه يَعْتِقُ بِعِتْقِها، ويدْخُلُ في بيعِها مِن غيرِ تَسْمِيَةٍ.

قيل له: وهو في حكْمِ الحيوانِ المنفَرِدِ بدليلِ جوازِ انفرادِه عنها في الذكاةِ وفي الإباحةِ، وينْفَرِدُ بالوصيةِ، ويُورَثُ عنه أرْشُه، فأما دخولُه في البيعِ، فليس لِما قالوا، لكن لو لم يدْخُلْ في البيعِ لفَسَد باستثنائِه، فأما عِتْقُه بعِتْقِها فلأنه لو لم يَعْتِقِ انفصَل مملوكٌ مِن حرَّةٍ، والحرَّةُ لا تَلِدُ مملوكًا.

وقد قال أصحابُنا: أيُّ شيءٍ ذكَر مِن أسماءِ اللَّهِ تعالى على الذبيحةِ أجزأه، وكذلك لو قال: الحمدُ للَّهِ، وسبحانَ اللَّهِ، لأن الواجبَ عليه ذكْرُ اسْمِ اللَّهِ تعالى،

---

(١) قال في حاشية (ح): «الحديث صحَّحه الدارقطني، واختلف في اللفظ ذكاة الثانية، فقيل: هي بالرفع لا يفتقر إلى ذكاة الجنين؛ لأن الأول هو الثاني. وقيل: هي بالنصب فيفتقر الجنين إلى الذكاة؛ لأن الأول غير الثاني».

والحديث يُروى عن جماعة من الصحابة، منهم: أبو سعيد، وأبو هريرة، وابن مسعود، وعلي، وابن عباس، وجابر، وغيرهم. ينظر حديثهم في: «سنن أبي داود» (٢٨٢٧، ٢٨٢٨)، و«جامع الترمذي» (١٤٧٦)، و«سنن ابن ماجه» (٣١٩٩)، و«سنن الدارقطني» (٤٧٣٥-٤٧٤١)، و«نصب الراية» (٤/ ١٨٩-١٩٢)، و«البدر المنير» (٩/ ٣٩٠-٤٠٢)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٥٦-١٥٨)، و«نظم المتناثر» (١٤٢).



وقد وُجِد فلا يَخْتَلِفُ باسمٍ دُونَ اسْمٍ[1].

وقد قالوا: لو أراد أن يذْبَح شاةً فسمَّى، ثُمَّ تكلَّم مع غيرِه فطال الكلامُ فاشتَغَل بشيءٍ آخَرَ، ثُمَّ ذبَحها لم يَحِلَّ؛ لأنه لما طال الكلامُ فصَل بينَ التسميةِ وبَيْنَ الذبْحِ، فصار كأنه سمَّى في يوم وذبَح في يومٍ آخَرَ، وأما إذا كان ذلك شيئًا يسيرًا، فإنه لا يُؤثِّرُ ولا يُعْتَدُّ به، ويَحِلُّ الأكلُ.

قال: [2]ولا يَجوزُ[2] أكْلُ كلِّ ذِي نابٍ مِن السِّباعِ، ولا ذِي مِخْلَبٍ مِن الطَّيْرِ.

لِما روَى ابنُ عباسٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عن أكلِ كلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِن الطيْرِ، وعن كلِّ[3] ذِي نابٍ مِن السِّباعِ»[4]، وفي حديثٍ آخَرَ: «نَهَى عن كلِّ ذِي نابٍ مِن السباعِ، وعن كلِّ ذي مِخْلَبٍ مِن الطيْرِ، وعن المُجَثَّمَةِ[5]، وأن لا

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٤٨).

(٢-٢) في (أ٢، س، ق): «ولا يحل». (٣) ليس في (أ)، وفي (أ٢): «أكل كل».

(٤) أخرجه مسلم (١٩٣٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٦، ٢٥٧): «المِخْلَب بكسر الميم، وسكون الخاء المعجمة، وفتح اللام، وآخره باء موحدة: قال في المغرب: المخلب للطائر كالظفر للإنسان، والمراد به مخلب هو سلاح. قلت يعني في الحديث، فيظهر أنه تخصيص. لكن قال في القاموس: المخلب ظفر ما يصيد من الطير. وقيل: ظفر كل طير وسبع. انتهى. فعلى الأول لا نحتاج إلى تخصيص وبيان مراد. قال في المغرب: هو مفعل من الخلب، وهو مزق الجلد بالناب وانتزاعه. قال الليث: والسبع يخلب الفريسة، إذا شق جلدها بنابه، أو فعله الجارحة بمخلبه. قال ابن فارس: وهذا التركيب يدل على الإمالة، لأن الطائر يخلب به الشيء إلى نفسه». ينظر: «معجم مقاييس اللغة» (٢/ ٢٠٥)، و«المغرب» (١/ ٢٦٣).

(٥) قال في حاشية (ح): «المُجَثَّمة رُوي بكسر الثاء وفتحها، من الجثوم، وهو تلبد الطائر، فالمراد بالكسر الطائر الذي من عادته الجثوم على غيره ليقتله، وهو سباع الطير، فيكون نهيًا عن أكل =



يُوطَأُ الحَبَالَى حتى يَضَعْنَ ما في بُطُونِهِنَّ»[1].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ أكلُ الضبْعِ والثَّعْلَبِ[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لِما رُوِيَ عن عليٍّ، وابنِ عباسٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عن أكْلِ ذِي نابٍ مِن السباعِ، وذِي مِخْلَبٍ مِن الطيرِ»[3]؛ ولأنه سبُعٌ يأْكُلُ الجِيَفَ كسائرِ السِّباعِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧].

قالوا: والضبْعُ مِن الطيباتِ؛ قال الشافعيُّ: ما زال الناسُ يأْكُلُونه ويَبِيعُونه عندَنا بينَ الصفا والمروةِ[4].

طير هذه عادته، وبالفتح هو الصيد الذي يجثم على طائر فيقتله، فيكون نهيًا عن أكل طير قتله طير آخر لجثومه عليه، وقيل: بالفتح هو الذي يُرمى حتى يجثم فيموت. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٩).

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٦): «المُجَثَّمَة بضم الميم، وفتح الجيم، وفتح الثاء المثلثة، والميم، وآخره تاء التأنيث: كل حيوان ينصب ويرمى ليقتل، إلا أنها تكثر في الطير والأرانب، وأشباه ذلك مما يجثم بالأرض، أي يلزمها ويلتصق بها، وجثم الطائر جثومًا، وهو بمنزلة البروك للإبل».

(١) أخرجه الترمذي (١٤٧٤) من حديث العرباض بن سارية.

(٢) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٦٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩٣)، و«الحاوي» (١٥/ ١٣٧).

(٣) تقدَّم تخريج حديث ابن عباس، وأما حديث علي فأخرجه عبد الرزاق (٢١٨، ٢١٩)، وأبو يعلى (٣٥٧)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٤٧٣)، وفي «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩٠). وينظر: «البدر المنير» (٩/ ٣٦٢-٣٦٤)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٥١).

(٤) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٦٥)، و«المهذب» (١/ ٤٤٩)، و«كفاية النبيه» (٨/ ٢٢٥).



قيل له: قولُه تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ قيل في التفسيرِ: الشحومُ التي كانتْ محرَّمةً على بَنِي إسرائيلَ، ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ الخنزيرَ والميتةَ، وعلى أنه يَجِبُ أن لا يُظَنَّ أن الإباحة موقوفةٌ على ما كانت العرَبُ تَسْتَطِيبُه؛ لأنهم كانوا يَستَطِيبون الخمْرَ، ولحمَ الخنزيرِ، ويأْكُلُون ما دبَّ ودرَج إلَّا أُم حُبَيْنٍ[1]، وكلُّ ذلك حرامٌ.

قال: ولا بأْسَ بِغُرابِ الزَّرْعِ.

لأنه ليس بسبُعٍ ولا يأْكُلُ الجِيَفَ، وقد قال أبو يوسفَ: الذي رُخِّص في أكلِه له خِلْقةٌ وهيئةٌ مخالِفةٌ للغُرابِ في صِغَرِه، ويُدخَّرُ في المنازِلِ، ويأْلَفُ كما يَأْلَفُ الحمامُ، ويَطِيرُ ويَرْجِعُ[2].

قال: ولا يُؤْكَلُ الأبْقَعُ الذي يأْكُلُ الجِيَفَ.

وقد دلَّ على تحريمِ ذلك نَهْيُه عَلَيْهِ السَّلَامُ عن كلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِن الطيرِ، ولأنه

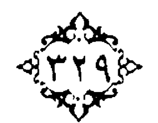
---

(١) في (أ، ح، ر، س، ض، ل، ي): «حنين»، وفي (أ٢): «جبين»، والمثبت من باقي النسخ هو الموافق لما في «التجريد» (٤/ ٢١١٥)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ١٩٦).

وأم حُبين: دويبة من زواحف وعظاءات الأرض تشبه الضب، إلا أنها صغيرة قدر الكف عريضة البطن، وجمعها أم حُبينات، وأمهات حُبين، وأمات حُبين، ولم ترد إلا مصغرة، وهي معرفة مثل: ابن عرس، وابن آوى، إلا أنه تعريف جنس، وربما أدخلوا عليها الألف واللام فقالوا: أم الحبين، وقيل: سُمِّيت بذلك لكبر بطنها. ينظر: «حياة الحيوان الكبرى» للدميري (١/ ٤٠٩)، و«المصباح المنير» (١/ ١٢٠).

وأما أم حُنين فهي الخمر. ينظر: «المخصص» (٤/ ١٢٣)، و«المزهر» (١/ ٤٠٠).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ١٩٧)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ١٥)، وفيه: «ويؤلف كالحمام».



يأكُلُ الجِيَفَ والميتاتِ، فكُرِه لذلك.

قال: ويُكْرَهُ أكْلُ الضبعِ، والضَّبِّ، والحشراتِ كلِّها(1).

وذلك لأن سائرَ الحشراتِ تتناوَلُ النجاسةَ وذلك مِن أسبابِ الكراهةِ، ولأنها مُستَخْبَثةٌ في نفسِها فتدْخُلُ في قولِه تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ أكْلُ الضَّبِّ، والقُنْفُذِ، وابنُ عِرْسٍ(2) ولا يُكْرَهُ(3).

وعندَنا يُكْرَهُ: لِما رُوِي عن عبدِ الرحمنِ بنِ حَسَنةَ قال: نزَلْنا أرضًا كثيرةَ الضِّبابِ، فأصابَتْنا مجاعةٌ فطبَخْنا منها، وإنها لَتَغْلِي بها القُدُورُ إذ خرَج النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «مَا هَذَا؟». فقلنا: ضِبابٌ أصْبناها. فنَهَى عنها، وقال: «إنَّ أُمَّةً مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ مُسِخَتْ دَوابَّ، فَإِنِّي لَأَخْشَى أن تَكُونَ هَذِهِ فأَلْقُوهَا»(4).

وعن عائشةَ: أنه أُهْدِي إليها ضَبٌّ، فدخَل رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألَتْهُ عن أكلِه؟ فنهاها عنه، فجاء سائلٌ فقامَتْ لِتُناوِلَه إيَّاه، فقال: «أَتُطْعِمِينَه مَا لَا تَأْكُلِينَ»(5).

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ١٩٨)، و«الهداية» (٤/ ٦٨)، و«تحفة الملوك» (ص٢١٣)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٩٥).

(٢) ابن عِرس بالكسر: دويبة تشبه الفأر، إلا أنه عدو للفأر، والجمع بنات عرس. ينظر: «حياة الحيوان الكبرى» (٢/ ٩٨-١٠٠)، «المصباح المنير» (٢/ ٤٠١).

(٣) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٦٥)، و«الحاوي» (١٥/ ١٤٠)، و«المهذب» (١/ ٤٥٠)، ونهاية المطلب (١٨/ ٢١١).

(٤) أخرجه أحمد (١٧٧٥٧، ١٧٧٥٩)، وأبو يعلى (٩٣١)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٢٧٥، ٣٢٧٦)، وفي «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩٧). وينظر: «فتح الباري» (٩/ ٦٦٥).

(٥) أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» (٨١٣).



فإن قيل: رُوِي عن ابنِ عباسٍ قال: «أهْدَتْ خالتي ميمونةُ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمْنًا، وأقِطًا، وضِبَابًا[1] فأُكِل على مائدتِه»[2]، وعن أبي[3] سعيدٍ الخدريِّ: «الضَّبُّ أحَبُّ إليَّ مِن دجاجةٍ سَمِينةٍ»[4].

قيل له: هذه الأخبارُ تُفِيدُ الإباحةَ، وأخبارُنا تُفِيدُ الحظْرَ فهو أوْلَى.

قال: ولا يَجوزُ أكلُ لَحمِ الحُمُرِ الأهْليَّةِ والبِغالِ.

وذلك لحديثِ جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «نَهى رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يومَ خيبرَ عن أكلِ لَحمِ[5] حُمُرِ الأهلية»[6]، وروَى خالدُ بنُ الوليدِ: «نَهى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أكْلِ لحومِ البِغالِ والحَمِيرِ»[7].

قال: ويُكْرَهُ أكلُ[8] لحمِ الفَرَسِ عندَ أبي حنيفةَ.

(١) في (ح): «أضبًّا»، وهو الموافق لما في مصدري التخريج، وفي (ر، ش): «ضبانًا». والضَّبُّ: جمعه ضِبابٌ وأَضُبٌّ. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٢٧٩)، و«المصباح المنير» (٢/ ٣٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٧٥)، ومسلم (١٩٤٧)، وفيه: «أهدت خالتي أم حفيد...».

(٣) من هنا يبدأ خرم بمقدار وجه في (ظ) ينتهي عند قول المصنف: لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أحلت». تحت قول الماتن: «ويَجوزُ أكلُ الجرادِ ولا ذكاةَ له».

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٥/ ١٣٨)، وقد أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٨٤٢)، وابن جرير في «تهذيب الآثار» (٢٧٢/ مسند عمر) من قول عمر.

(٥) ليس في (أ، س، ش، ع)، وفي (أ٢، ر): «لحوم»، وهو الموافق لما في مصدري التخريج.

(٦) أخرجه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١).

(٧) أخرجه أبو داود (٣٧٩٠)، والنسائي (٤٣٣١، ٤٣٣٢)، وابن ماجه (٣١٩٨). وينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٦٥٥-٦٥٧)، و«نصب الراية» (٤/ ١٩٦-١٩٧).

(٨) من (ض٢، ي، ونسخة مختصر القدوري).



وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يُكْرَهُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ خالدِ بنِ الوليدِ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن أكلِ لحومِ الخيلِ، والبغالِ، والحميرِ، وكلِّ ذِي نابٍ مِن السباعِ»، وقد رُوِي أن ابن عباسٍ: «سُئِل عن ذلك فتلا قولَه تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨]»[3]. بيَّن أن الأكلَ لو جاز لم يختَصَّ المنةَ بالركوبِ، ولأنه ذو حافِرٍ أَهْلِيٍّ فكُرِه أكلُه كالحمارِ.

وجْهُ قولِهما: حديثُ جابرٍ قال: «أطعَمَنا رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لحْمَ الخيْلِ، ونَهانا عن لحمِ الحُمُرِ»[4]. ورُوِي: «ونَهانا يَوْمَ خيبرَ عن لحومِ الحُمُرِ، وأذِن لنا في لُحُومِ الخَيْلِ»[5].

قال: ولا بأْسَ بأكْلِ الأرنَبِ.

وذلك لِما رُوِي عن عمارِ بنِ ياسرٍ قال: «كنَّا عندَ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأهْدَى له أعرابيٌّ أرنبةً مشويةً، فقال لأصحابه: «كُلُوا»»[6].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٥٢)، و«العناية» (٩/ ٥٠١)، و«البناية» (١١/ ٥٠٤).

(٢) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٧٥)، و«الحاوي» (١٥/ ١٤٢).

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (١٠٥١)، وابن أبي شيبة (٢٤٨٠٥).

(٤) أخرجه الترمذي (١٧٩٣)، والنسائي (٤٣٢٨، ٤٣٢٩). وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(٥) أخرجه أبو داود (٣٧٨٨).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٧٦٠)، وأبو يعلى (١٦١٢)، وابن جرير في «تهذيب الآثار» (١١٧٩/ مسند عمر)، والبيهقي (٩/ ٣٢١). قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٦): «في إسناده ضعفٌ». وينظر: «إتحاف الخيرة» (٥/ ٢٩٩-٣٠١).



قال: وإذا ذُبِح ما لا يُؤْكَلُ لحمُه طَهُر لحمُه وجِلْدُه، إلَّا الآدمِيَّ والخِنْزِيرَ فإن الذكاةَ لا تَعْمَلُ[1] فيهما.

وقال الشافعيُّ: الذكاةُ لا تُؤثِّرُ في جميعِ ذلك[2].

لنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذكاةُ في الحلْقِ واللَّبَّةِ»[3]، ولأنه حيوانٌ يَطْهُرُ جِلْدُه بالدِّباغِ فأثَّرَتْ فيه الذكاةُ كالشاةِ.

فإن قيل: ذبْحٌ لا يُفِيدُ الإباحةَ فلا يُفِيدُ الطهارةَ، أصلُه ذبْحُ المجوسِيِّ.

قيل له: لا نُسَلِّم أنه لا يَعْمَلُ في الإباحةِ؛ لأن المضطرَّ إليه لا يأْكُلُ منها إلا بعْدَ الذبحِ، ولأن حكْمَ الأكلِ مفارِقٌ للطهارةِ؛ ألا تَرى أن الدالَّ على الصيدِ إذا ذُبِح حرُم عليه وهو طاهِرٌ، وأما المجوسِيُّ فأجْمَعوا أن ذكاتَه لا تؤثِّرُ لمعنًى فيه لا لصفاتِ المذبوحِ، ولهذا استوى ما يُؤْكَلُ وما لا يُؤْكَلُ، فأما الآدمِيُّ والخنزيرُ فمقطوعٌ بتحريمِهما، والذكاةُ تَحتاجُ إليه للإباحةِ، وذلك لا يوجدُ مع القطْعِ بالتحريمِ، وغيرُ ذلك مِن الحيوانِ غيرُ مقطوعٍ فيه بالتحريمِ، فجاز أن تُؤثِّرَ الذكاةُ فيه.

قال: ولا يُؤكَلُ مِن حيوانِ الماءِ إلا السَّمَكُ.

ونصَّ الشافعيُّ: على إباحةِ جميعِه[4]، وقال أصحابُه: لا يُؤكَلُ الضِّفْدَعُ[5].

---

(١) في (ل): «تحل».

(٢) ينظر: «الحاوي» (١/ ٥٦، ٥٧)، و«روضة الطالبين» (١/ ٤١). (٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٥٩)، و«المهذب» (١/ ٤٥٤)، و«التهذيب» (٣/ ٣٦٣).

(٥) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٦٠)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ١٦٠)، و«كفاية النبيه» (٨/ ٢٥٠).



لنا: قولُه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]. وهو عامٌّ في خنزيرِ الماءِ والبرِّ، وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُحِلَّتْ لَنا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ»[(١)]. والمحصورُ بعددٍ[(٢)] يدُلُّ على أن ما عداه بخلافِه، وسُئل النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الضِّفْدَعِ يُطْرَحُ في الدواءِ؟ فقال: «خَبِيثَةٌ مِنَ الخَبائِثِ»[(٣)].

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة:٩٦]. وقال عمرُ: «الصَّيْدُ ما أُصِيد، والطعامُ ما رُمِي»[(٤)].

قيل له: الصيدُ عبارةٌ عن فِعْلِ الاصطيادِ، وفِعْلُ الاصطيادِ مباحٌ عندَنا، والخلاف في الأكلِ وقد يَجوزُ اصطيادُ ما لا يُؤْكَلُ لِيُنْتَفَعَ به في غيرِ الأكْلِ.

قال: ويُكْرَهُ أكْلُ الطافِي منه.

والطافي ما مات حتْفَ أنْفِه مِن غيرِ سببٍ حادثٍ فيه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٣١٤) من حديث ابن عمر. وينظر: «سنن البيهقي» (١/ ٢٥٤)، (٩/ ٢٥٧)، (١٠/ ٧)، و«نصب الراية» (٤/ ٢٠١، ٢٠٢)، و«إرشاد الفقيه» (١/ ٨٤، ٣٥٩)، و«البدر المنير» (١/ ٤٤٨-٤٥٢)، و«التلخيص الحبير» (١/ ٢٥-٢٦).

(٢) في (أ٢، ر): «بقدر»، وفي (ش): «بعد».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٨٧١، ٥٢٦٩)، والنسائي (٤٣٥٥) من حديث عبد الرحمن بن عثمان: «أن طبيبًا سأل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ضفدع يجعلها في دواء؟ فنهاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قتلها». وأما ما ذكره المصنف من قوله: «خبيثة من الخبائث». فقد ورد في القنفذ، كما سيأتي في آخر الباب. وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٠١)، و«البدر المنير» (٦/ ٣٤٧-٣٤٨)، و«التلخيص الحبير» (٢/ ٢٧٦).

(٤) علَّقه البخاري (٧/ ٨٩)، ووصله سعيد بن منصور في «سننه» (٨٣٦- تفسير)، وابن جرير في «تفسيره» (٨/ ٧٢٦)، والبيهقي (٩/ ٢٥٤).



لنا: ما روى جابرٌ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما أَلْقَى البَحْرُ أو جَزَر[1] عنه فكُلُوا، وما طَفَا فلا تأكلوا»[2].

وعن عليٍّ: «لا تَبِيعُوا في أسواقِنا الطافِي»[3].

وعن ابنِ عباسٍ أنه قال: «ما دَسَره البحرُ فكُلْه، وما وجَدْتَه على الماءِ فلا تأكُلْه»[4]. ولأنه حيوانٌ له دمٌ سائلٌ فإذا مات حتْفَ أنفِه لم يؤكلْ، أصلُه حيوانُ البرِّ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في البحرِ: «هُوَ الطَّهُورُ ماؤُه الحِلُّ مَيْتَتُهُ»[5].

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٧): «جَزَرَ: فعل ماض بالجيم، والزاي المعجمة، وآخره راء مهملة: انكشف. وهو من الجزر، أي: رجوع الماء إلى خلف». ينظر: «المغرب» (١/ ١٤٣).

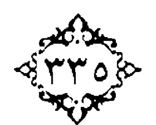
(٢) أخرجه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧) من طريق إسماعيل بن أمية، عن أبي الزبير، عن جابر. قال أبو داود: «روى هذا الحديث سفيان الثوري، وأيوب، وحماد، عن أبي الزبير، أوقفوه على جابر، وقد أسند هذا الحديث أيضًا من وجه ضعيف عن ابن أبي ذئب، عن أبي الزبير، عن جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ». وينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٦٤٤-٦٤٧)، و«نصب الراية» (٤/ ٢٠٢-٢٠٤).

(٣) أخرجه المعافى بن زكريا في «الجليس الصالح» (ص٧٢٤، ٧٢٥).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٧): «الطافي بالطاء المهملة، والفاء: طفا الشيء فوق الماء يطفو طَفْوًا وطُفُوًا بفتح الطاء، وسكون الفاء، وبضمها؛ إذا علا ولم يرسب، والطافي اسم فاعل منه».

(٤) لم أهتد إليه من حديث ابن عباس. وقد أخرجه الدينوري في «المجالسة وجواهر العلم» (٣٤٩٨) من طريق بقية بن الوليد، عن الأوزاعي، عن أبي الزبير، عن جابر مرفوعًا: «كُلُوا ما نَبَذَ البحرُ وما دُسِرَ عنه، ودَعُوا ما طَفَى». وإسناده ضعيف. وينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٦).

(٥) أخرجه أبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي (٥٩) من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: «حسن صحيح».



قيل له: ميْتَةُ البحرِ ما أُضِيفَ إليه مِن موتِه، وهذا لا يكونُ إلا إذا ألقاه، أو مات مِن بَرْدِه أو حرِّه، وذلك مباحٌ عندنا، ولأن قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «الحِلُّ مَيْتَتُهُ». عامٌّ، وقولُه: «وما طفَا فلا تأكُلْهُ». أخصُّ منه فيُقْضَى به عليه.

فإن قيل: ما حلَّ بغيرِ ذبحٍ مع القُدرةِ عليه حلَّ بموتِه حتْفَ أنفِه كالجرادِ.

قيل له: السمكُ أخَذ شَبَهًا مِن الجرادِ؛ لأنه ليس له دمٌ سائلٌ نَجِسٌ، وأخَذ شَبَهًا مِن الحيوانِ البرِّي فإن له دمًا سائلًا، فيَجِبُ أن يُعْطَى حكمَهما، ولا يُلْحَقُ بأحدِهما دُونَ الآخرِ فيُعْطَى حكْمَ شَبَهِه بغيرِ الجرادِ، بأن تَقِفَ إباحتُه على فِعْلِ حادِثٍ فيه.

وأما ما مات مِن الحرِّ أو البرْدِ أو كدَرِ الماءِ، ففيه روايتانِ[1]:

إحداهما: يؤْكَلُ؛ لأنه مات بسببٍ حادِثٍ فصار بمنزلةِ ما ألْقاه الماءُ على اليَبَسِ.

وفي الأخرى: لا يُؤكَلُ؛ لأن البَرْدَ والحرَّ صفةٌ للزمانِ وليس مِن حوادثِ موتِه في الغالِبِ.

قال: ولا بأْسَ بأكْلِ الجِرِّيثِ والمَارْمَاهيِّ[2].

لقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ؛ السَّمَكُ والجَرَادُ، والكَبِدُ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦٤)، و«الاختيار» (٥/ ١٥)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٥١٤).

(٢) الجِرِّيث: هو ضرب من السمك يشبه الثعبان، وجمعه جراثي، ويقال له أيضًا: الجري بالكسر والتشديد.

والمارماهي: هو ثعبان السمك أو الأنكليس، وهو الجريث بالفارسية. ينظر: «الحيوان» (١/ ٢٣٤)، و«حياة الحيوان الكبرى» (١/ ٢٧٤)، و«المغرب» (١/ ٣١٥).

وينظر: «الأصل» (٥/ ٣٧٠، ٣٩٤)، و«المبسوط» (١١/ ٢٤٨)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٣٦).



وَالطِّحالُ». وهو عامٌّ في سائرِ أنواعِ السَّمَكِ، وقد رُوِي عن عليٍّ، وابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إباحةُ الجِرِّيثِ، ولا يُعْرَفُ لهما مخالِفٌ[1].

قال: ويَجوزُ أكلُ الجرادِ ولا ذكاةَ له.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُحِلَّتْ[2] لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ؛ السَّمَكُ وَالجَرَادُ، والكَبِدُ وَالطِّحَالُ». وإنما قُلنا: لا ذكاةَ له؛ لأنه سمَّاه مَيتةً، وهذه صفةُ ما لم يُذكِّها[3].

وقد رُوِي عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه نهى عن أكلِ لحومِ الإبِلِ الجلَّالةِ»[4]، والجلَّالة هي التي الأغلَبُ مِن أكلِها النجاسةُ، فنَهَى عنها؛ لأنها تُسْتَقْذَرُ في الغالِبِ كالطعام المنْتِنِ[5].

وقد رُوِي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نَهَى عن شُرْبِ ألبانِها»؛ لأن لحمَها إذا تغيَّر تغيَّر لبنُها، وقد «نَهَى أن يُحَجَّ عليها، وأن يُعْتَمَرَ عليها»[6]. وهذا محمولٌ على

---

(١) ينظر: «الأصل» (٥/ ٣٥٦)، و«مصنف عبد الرزاق» (٨٧٧٧، ٨٧٧٩)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٤٨٥٤)، و«المخلصيات» (٢٣٣٠).

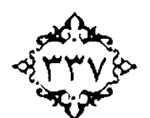
(٢) هنا ينتهي الخرم المشار إليه في (ظ)، والذي بدأ عند قول المصنف: «وعن أبي». تحت قول الماتن: «ويكره أكل الضبع والضب..».

(٣) في (أ٢): «يذكّه»، وفي (ر): «يذكِّ»، وفي (ي): « تذكَّى».

(٤) أخرجه أبو داود (٣٧٨٥)، والترمذي (١٨٢٤)، وابن ماجه (٣١٨٩) من طريق محمد بن إسحاق، عن ابن أبي نجيح، عن مجاهد، عن ابن عمر، قال: «نهى رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أكل الجلالة وألبانها». قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، ورواه الثوري، عن ابن أبي نجيح، عن مجاهد، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا».

(٥) الجلالة: هي التي تتبع النجاسات، والجلة بالفتح البعرة، واستعيرت هاهنا للعذرة، ويقال: إن الإبل تتناول العذرات دون البعرات. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٤).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٨٧١٢) من طريق عمرو بن شعيب قال: «نهى رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =



أنها تُنْتِنُ في نفْسِها، فمُنِعَ مِن استعمالِها لِئلَّا يُتأذَّى بريحِها.

فأما التي تَخْلِطُ فليست بجلَّالةٍ، وعن أبي حنيفةَ: أنها تُحبَسُ حتى يَطِيبَ رِيحُها، ثُمَّ تُؤكَلُ، ولم يُوقِّتْ في ذلك؛ لأنه إذا زال المعنَى الموجِبُ للكراهةِ زال الحكْمُ[1].

وقد رُوِي في الدجاج أنه يُحْبَسُ ثلاثةَ أيامٍ، رُوِي ذلك عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه كان يَفْعَلُ ذلك، ثُمَّ يأكُلُه»[2].

وقد رُوِي عن مجاهدٍ، قال: «كَرِه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِن الشاةِ الذكَرَ والأُنْثَيَيْنِ، والقُبُلَ[3]، والغُدَدَ، والمرارةَ، والمثانةَ، والدَّمَ»[4]. أما الدمُ فهو حرامٌ بالنصِّ، وغيرُ ذلك مكروهٌ؛ لأنه يُسْتَخْبَثُ.

وقد رُوِي: «أن ابنَ عمرَ سُئِل عن القنفُذِ؟ فتلا قولَه تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآيةَ،

عن لحوم الإبل الجلالة وألبانها، وكان يكره أن يحج عليها». وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٥٠٩٧) من طريق عكرمة بن خالد، قال: «نهى عن ألبان الجلالة ولحومها، وأن يحج عليها وأن يعتمر».

(١) عنه روايتان إحداهما بغير توقيت وهي رواية محمد، والأخرى رواية أبي يوسف، وفيها التقدير بثلاثة أيام. ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦٦)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٤٠).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٠). وقد روي ذلك عن ابن عمر. ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (٨٧١٧)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٥٠٩٨)، و«فتح الباري» (٩/ ٦٤٨).

(٣) بعده في (أ٢، ح): «الدبر».

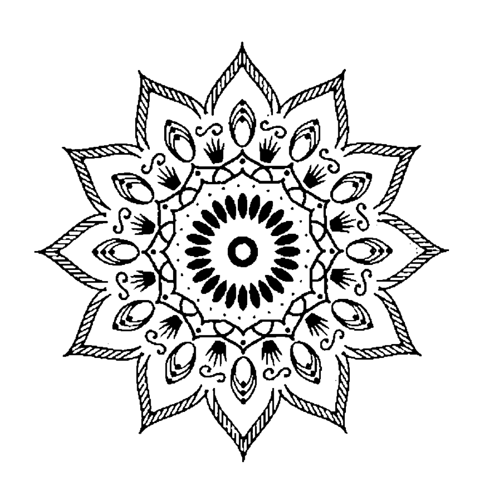
(٤) أخرجه عبد الرزاق (٨٧٧١)، والبيهقي (١٠/ ٧). قال البيهقي: «هذا منقطع».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٨): «المثانة بالميم، والثاء المثلثة، والنون: المحل الذي يجتمع فيه البول».

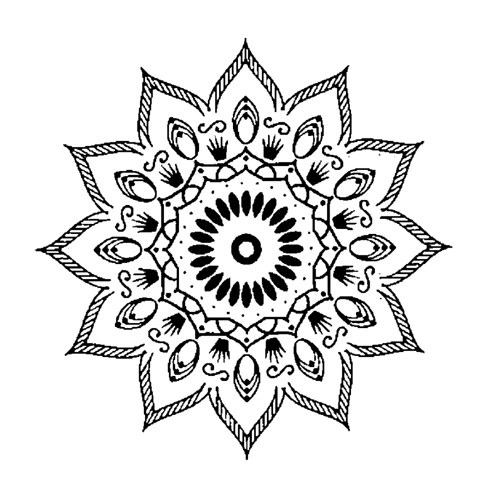
فقال شيخٌ عندَ ذلك: سَمِعتُ أبا هريرةَ يقولُ: وذُكِر القنفُذُ عندَ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «خَبيثَةٌ مِنَ الخبائِثَ». فقال ابنُ عمرَ: «إن كان رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك، فهو كما قال»[1].

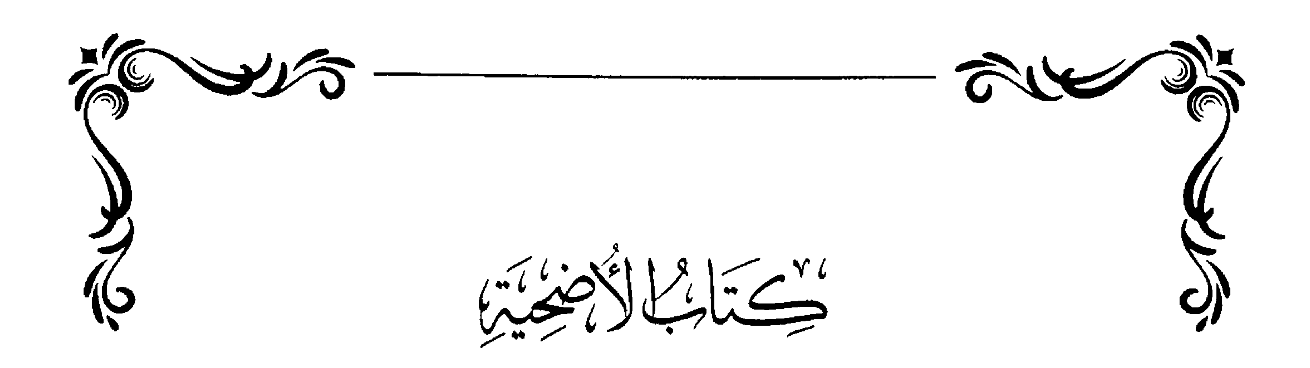
والله أعلم

(١) أخرجه أحمد (٨٩٥٤)، وأبو داود (٣٧٩٩). وإسناده فيه ضعفٌ؛ كما قال البيهقي (٩/ ٣٢٦).



كِتَابُ الأُضْحِيَةِ





كتاب الأضحية

الحقوقُ الواجبةُ في المالِ على ضَربَينِ:

منها: ما يَجِبُ فيه التمليكُ كالزكاةِ.

ومنها: ما يَجِبُ فيه الإتلافُ كالعِتقِ، والأضحيةُ مِن جنسِ العِتقِ؛ لأن الواجبَ فيها الإتلافُ.

والأضحيةُ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وزفرَ، والحسنِ بنِ زيادٍ، وإحدى الروايتينِ عن أبي يوسفَ: واجبةٌ.

وذكَر أبو يوسفَ في «الجوامِعِ»[1] أنها سنةٌ مؤكَّدةٌ[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجهُ قولِهم: قولُه تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]. وهو أمرٌ بنحرٍ قُرِن بالصلاةِ، وما ذلك إلا الأُضحيةُ.

وروى مِخنَفُ بنُ سُلَيمٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «عَلَى أهلِ كُلِّ بَيتٍ كُلَّ عَامٍ أُضحِيَةٌ وعَتِيرَةٌ»[4]. و(على) مِن ألفاظِ الوجوبِ.

---

(١) في (ج، غ، ي): «الجامع». و«الجوامع»: كتاب ألفه أبو يوسف ليحيى بن خالد البرمكي في أربعين فصلًا، ذكر فيه اختلاف الناس والرأي المأخوذ به. ينظر: «الفهرست» للنديم (ص٢٨٦).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٦٢)، و«الهداية» (٤/ ٣٥٥)، و«العناية» (٩/ ٥٠٦).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٩١)، و«المهذب» (١/ ٤٣٢)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ١٦١).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥) =



وفي حديثٍ آخَرَ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن ذَبَحَ قَبلَ الصَّلاةِ فَليُعِد»[1]. وهذا أمرٌ.

وفي حديثِ أبي هريرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ومَن وَجَدَ سَعَةً فَلَم يُضَحِّ فلا يَقرَبَنَّ مُصلانَا»[2]. والوعيدُ لا يُستَحَقُّ إلا بتَركِ الواجبِ.

ولأنها عبادة تَفُوتُ بفواتِ هذه الأيامِ فكانت واجبةً كرَميِ الجمارِ، ولأنها عبادةٌ [3]يُضافُ إليها وقتُها[3] فكانت واجبةً كالجمعةِ.

فإن قيل: في حديثِ أُمِّ سلمةَ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن رأى مِنكُم

من طريق عبد اللَّه بن عون، عن عامر أبي رملة، عن مخنف بن سليم. قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، ولا نعرف هذا الحديث إلا من هذا الوجه من حديث ابن عون». وينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٧٧، ٥٧٨)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٣/ ٥٦٥)، و«نصب الراية» (٤/ ٢١٠، ٢١١).

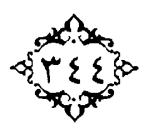
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٩): «الأضحية: يقال: ضحى بكبش أو غيره. إذا ذبحه وقت الضحى من أيام النحر، ثم كثر حتى قيل ذلك ولو ذبح آخر النهار. قال في المغرب: ومن قال هي من التضحية، بمعنى الرفق. فقد أبعد». ينظر: «المغرب» (٢/ ٥).

وقال: «العَتِيرة بفتح العين المهملة، وكسر التاء المثناة، وبعدها ياء آخر الحروف، وتاء التأنيث: قال في المغرب: ذبيحة كانت في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام؛ فنسخ». وقال مثله في حاشية (ح) من غير نسبة للمغرب. وينظر: «المغرب» (٢/ ٤٢).

(١) أخرجه البخاري (٩٥٤، ٥٥٤٩، ٥٥٦١)، ومسلم (١٩٦٢) من حديث أنس.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣١٢٣)، والدارقطني (٤٧٦٢)، والحاكم (٤/ ٢٣١). وينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٢٧٩، ٢٨٠)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٣/ ٥٦٣، ٥٦٤)، و«نصب الراية» (٤/ ٢٠٧)، و«الدراية» (٢/ ٢١٣).

(٣-٣) في (أ٢): «تضاف إلى وقتها».



هِلالَ ذِي الحِجَّةِ وَأرادَ أن يُضَحِّيَ، فَلا يَأخُذ مِن شَعْرِهِ، وَلا مِن ظُفُرِهِ حَتَّى يُضَحِّيَ»[1]. فلو كانت واجبةً لم يُعَلِّقها بالإرادةِ.

قيل له: ليس هذه إرادةَ التخييرِ؛ ألا تَرى أنها عندَنا واجبةٌ وعندَ المخالِفِ سنةٌ، وعندَ الجميعِ ليس بمخيَّرٍ، فعُلِم أن المرادَ الإرادةُ التي يَخرُجُ بها الإنسانُ مِن السهوِ إلى القصدِ، وهو كقولِه: «مَن أرَادَ الحَجَّ فَليَتَعَجَّل»[2]. و: «مَن أرَادَ الصَّلاةَ فَليَتَوَضَّأ»[3].

فإن قيل: في حديثِ ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ثلاثٌ كُتِبَت علَيَّ ولَم تُكتَب علَيكُم؛ النَّحرُ، والوِترُ، وركعَتا الفَجرِ»[4].

قيل له: كذلك نقولُ: الأضحيةُ عندَنا واجبةٌ وليست بمكتوبةٍ؛ لأن المكتوبةَ ما ثبتَت بدليلٍ مقطوعٍ به، والواجبُ ما يثبُتُ بدليلٍ مظنونٍ.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧).

(٢) أخرجه أحمد (١٩٧٣)، وأبو داود (١٧٣٢) من طريق مهران أبي صفوان، عن ابن عباس. ينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٤/ ٢٧٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٧٣) من حديث أنس مرفوعًا، بلفظ: «لا يقبلُ اللَّهُ صلاةً بغيرِ طُهُورٍ». وأخرجه أبو داود (٥٩)، وابن ماجه (٢٧١) من حديث أسامة بن عمير. وقد ورد عن عدد من الصحابة غير من ذكر، ينظر حديثهم في: «التنبيه» لابن التركماني بتحقيقي (٥- ٧)، و«التلخيص الحبير» (١/ ٢٢٥).

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٥٠)، والدارقطني (١٦٣١)، والحاكم (١/ ٣٠٠)، والبيهقي (٢/ ٤٦٨) وضعَّفه. وينظر: «خلاصة الأحكام» (١/ ٥٥١)، و«التنبيه» لابن التركماني (١٩١٦)، و«نصب الراية» (٢/ ١١٥)، و«التلخيص الحبير» (٢/ ١٨)، (٣/ ١١٨)، و«موافقة الخبر الخبر» (٢/ ٤٧، ٤٨).



فإن قيل: ذبحٌ لا يَجِبُ على المسافِرِ فلا يَجِبُ على المقيمِ كالعقيقةِ.

قيل له: المسافرُ يَلزَمُه أن يُضَحِّيَ عن أولادِه الصغارِ المقيمِينَ، وأيضًا فالمقيمُ يَلزَمُه فروضٌ لا تَلزَمُ المسافِرَ كالجمعةِ وإتمامِ الصلاةِ، ولا يَصِحُّ اعتبارُ المسافِرِ به، والمعنى في العقيقةِ أنه ذبحٌ يَجوزُ تقديمُه على يومِ النحرِ فلم يَجِب بأصلِ الشرعِ، والأضحيةُ ذبحٌ لا يَجوزُ تقديمُه على يومِ النحرِ فكان واجِبًا بأصلِ الشرعِ.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: الأضحيةُ واجبةٌ على كلِّ حُرٍّ مسلمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ في يومِ الأضحَى.

أما وجوبُ الأضحيةِ: فقد دلَّلنا عليه.

وأما اعتبارُ الحرِّيَّةِ في الوجوبِ: فلأنها عبادةٌ يُعتبَرُ في وجوبِها المالُ فلا تَلزَمُ العبدَ كالزكاةِ؛ ولأنها تتعلَّقُ بأيامِ النحرِ، فلا تثبُتُ في حقِّ العبدِ كرَميِ الجمارِ.

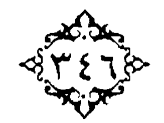
وأما اعتبارُ الإسلامِ: فلأنها عبادةٌ شرعيةٌ كسائرِ العباداتِ.

وأما اعتبارُ الإقامةِ: فلأنها عبادةٌ تختَصُّ بوقتٍ معيَّنٍ، ولو وجبَت على المسافِرِ لَتَشاغَل بها عن السفَرِ، فسقطَت عنه كالجمعةِ والإتمامِ.

وأما اعتبارُ الغِنَى: فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن وَجَدَ سَعَةً فَلْيُضَحِّ»[1]. ولأنها حَقٌّ يَخرُجُ مِن المالِ لا يتعلَّقُ بسببٍ مِن جهتِه فاعتُبِر فيه الغِنَى، أصلُه صدقةُ الفِطرِ.

وقد قالوا في حَدِّ ذلك: إذا ملَك مئتي دِرهمٍ سِوَى ما يَحتاجُ إليه مِن منزِلِه

(١) أخرجه ابن عدي (٦/ ٢٤٢) من حديث أبي هريرة. وقد تقدَّم من حديثه أيضًا بلفظ آخر. وينظر: «المحلى» (٧/ ٣٥٧)، و«التنبيه» لابن التركماني (١٩١٥).



وثيابِه وأثاثِه؛ لأنه بذلك يَخرُجُ مِن حدِّ الفَقرِ، بدليلِ وجوبِ الزكاةِ عليه[1].

وأما قولُه: في يوم الأضحى. فعندَنا يدخُلُ وقتُ الأضحيةِ بطلوعِ الفجرِ مِن يومِ النحرِ، إلا أنه يُعتبَرُ في جوازِها تقديمُ شرطٍ، وهو الصلاةُ في حقِّ المخاطَبِ بالصلاةِ في وقتِها، فإن فات وقتُ الصلاةِ جازتِ الأضحيةُ، وإن لم يُصَلِّ الإمامُ[2].

وقال الشافعيُّ: وقتُ الوجوبِ أن يَمضِيَ مِن يومِ النحرِ قدرُ صلاة النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقدرُ خُطبتَينِ خفيفتَينِ[3].

لنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن كَانَ مِنكُم ذَبَحَ قَبلَ الصَّلاةِ فَليُعِد»[4]. ولم يَعتَبِر مُضِيَّ قَدرٍ مِن الوقتِ في جوازِ ذلك، ولا سأل عن ذلك، ولأنها قُربةٌ رتَّبها النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على صلاةِ العيدِ، فلا يَجوزُ مع بقاءِ الخطابِ بها في وقتِ الصلاةِ، أصلُه الخُطبةُ.

فإن قيل: كلُّ وقتٍ جاز لأهلِ السوادِ[5] أن يَذبَحُوا جاز لأهلِ الأمصارِ، أصلُه بعدَ الصلاةِ.

---

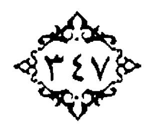
(١) ينظر: «المبسوط» (٣/ ١٤)، و«تحفة الفقهاء» (١/ ٣٠١)، و«المحيط البرهاني» (٢/ ٢٨٥).

(٢) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٣٣٣)، و«المبسوط» (١٢/ ١٠)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٨٨، ٨٩).

(٣) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٤٥)، و«الحاوي» (١٥/ ٨٤)، و«بحر المذهب» (٤/ ١٨٢).

(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥) السواد: قرى العراق ومزارعها. والمقصود به هنا أهل الريف والبادية، فإن كل مكان ظليل بالنخل والزرع سُمِّي سوادًا لخضرته. ينظر: «النظم المستعذب» (٢/ ٢٠٥)، و«مراصد الاطلاع» (٢/ ٧٥٠)، و«معجم البلدان» (٣/ ٢٧٢).



قيل له: وقتُ الوجوبِ يدخُلُ بطلوعِ الفجرِ، ويُعتبَرُ في فِعلِها شرطٌ وهو سقوطُ الخطابِ بِفِعلِ الصلاةِ في حقِّه، وقد سقَط في حقِّ أهلِ السوادِ فصارُوا كأهلِ المصرِ إذا صلَّوا، ولهذا قُلنا: لو ترَكَ الصلاةَ حتى زالتِ الشمسُ جاز الذبحُ لمَّا سقَط الخطابُ بفِعلِ الصلاةِ في وقتِها.

قال: عن نفسِه وولدِه الصِّغارِ.

أما وجوبُها عن نفسِه فقد قدَّمناه، وأما وجوبُها عن ولدِه الصِّغارِ؛ ففيه روايتانِ:

إحداهما: أنها تَجِبُ؛ لأنها حقٌّ متعلِّقٌ بيومِ العيدِ كالفطرةِ.

والروايةُ الأخرى: لا تَجِبُ؛ لأنها لم تَجِب عن عبدِه، فلم تَجِب عن ولدِه[1].

وإنما قُلنا: إنها لا تَجِبُ على العبدِ؛ لأن الناسَ أحدُ قائلَينِ؛ إما مَن أوجبها على الإنسانِ دُونَ غيرِه، أو مَن أوجبها عن[2] نفسه وعن ولدِه الصغيرِ؛ لأنه في حكمِ جزءٍ منه، فسقوطُها عن العبدِ إجماعٌ.

قال: يَذبَحُ عن كلِّ واحدٍ منهم شاةً.

لأنهم أجمَعُوا أن الشركةَ لا تَجوزُ في الشاةِ، وأنها أقلُّ ما يُجزِئُ في الأضحيةِ[3].

(١) قال في حاشية (ش): «قوله: أولاده الصغار. هذه رواية الحسن، عن أبي حنيفة. وروي عنه: تجب عن ولده، وهو ظاهر الرواية، وإن كان للصغير مال، يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف».

وينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٠٥، ٣٢١)، و«عيون المسائل» (ص١٢٢)، و«المبسوط» (١٢/ ١٢)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٦٤).

(٢) في (ظ، غ): «على».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٨٥)، و«الهداية» (٣/ ٣٥٦)، و«اختلاف الأئمة العلماء» (١/ ٣٣٨)، =



قال: أو يَذبَحُ بدَنةً أو بقرةً عن سبعةٍ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يَجوزَ عن أكثرَ مِن واحدٍ؛ لأنه ذبحٌ واجبٌ كذَبحِ الشاةِ.

وجهُ الاستِحسانِ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أشرَك بينَ أصحابه في البُدنِ فجعَل البدَنَةَ عن سبعةٍ»[1]، وعن جابرٍ قال: «نحَرنا مع رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ البدنةَ عن سبعةٍ، والبقرةَ عن سبعةٍ»[2].

قال: وليس على الفقيرِ والمسافرِ أُضحيةٌ، ووقتُ الأُضحيةِ يدخُلُ بطلُوعِ الفجرِ يومَ النحرِ إلا أنه لا يَجوزُ لأهلِ الأمصارِ الذبحُ حتى يُصلِّيَ الإمامُ العيدَ.

وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك.

قال: فأما أهلُ السوادِ فيَذبَحُون بعدَ الفجرِ.

وذلك لأن أهلَ السوادِ ليس عليهم صلاةُ العيدِ، فهم بعدَ طلُوعِ الفجرِ بمنزلةِ أهلِ الأمصارِ إذا صلَّوا صلاةَ العيدِ[3].

و«القوانين الفقهية» (ص ١٢٥).

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٠٨٣) ح(١٠٠٢٦) من حديث ابن مسعود، مرفوعًا بلفظ: «البقرة عن سبعة، والجزور عن سبعة في الأضاحي». قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٠): «فيه حفص بن جميع وهو ضعيف».

(٢) أخرجه مسلم (١٣١٨).

(٣) لأن ظاهر المذهب اشتراط المصر الجامع في صلاة العيد. وينظر: «الأصل» (١/ ٣٢٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٢/ ١٦٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٣٣).



قال: وهي جائزةٌ في ثلاثةِ أيامٍ؛ يومُ النحر، ويومانِ(١) بعدَه(٢).

وقال الشافعي: ثلاثةُ أيامٍ بعدَه؛ فهي عندَه أربعةُ أيامٍ(٣).

لنا: ما رُوِي عن عمرَ، وعليٍّ، وابنِ عباسٍ، وابنِ عمرَ، وأنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «أن أيامَ النحرِ ثلاثةٌ أفضلُها أوَّلُها»(٤)، وتخصيصُ العبادةِ بالوقتِ لا يُعلَمُ إلا مِن جهةِ التوقيتِ، فكأنهم رَوَوا ذلك عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأن اليومَ الرابعَ لا يَجِبُ فيه الرميُ فلا يَجوزُ فيه النحرُ كما بعدَه.

فإن قيل: في خبَرِ جُبيرِ بنِ مُطعِمٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أيَّامُ مِنًى كُلُّهَا ذَبحٌ»(٥).

---

(١) في (ر، ض١، ونسخة مختصر القدوري): «ويومين». وهو صحيح على البدلية من أيام، والمثبت من باقي النسخ صحيح أيضًا على الاستئناف.

(٢) ينظر: «الأصل» (٥/ ٤١٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٣١)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٢٩)، و«النتف» (١/ ٢٢٨).

(٣) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٤٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩٢)، و«الحاوي» (١٥/ ١٢٤)، و«المهذب» (١/ ٤٣٣).

(٤) ينظر: «الموطأ» (٢/ ٤٨٧)، و«أحكام القرآن» للطحاوي (٢/ ٢٠١)، و«تفسير ابن أبي حاتم» (٢/ ٣٦٠)، و«المحلى» (٧/ ٢٧٥، ٣٧٧)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٩/ ٢٩٧)، و«الاستذكار» (١٥/ ٢٠١)، و«شرح السنة» (٤/ ٣٢٩)، و«نصب الراية» (٤/ ٢١٣)، و«الدراية» (٢/ ٢١٥).

(٥) أخرجه أحمد (١٦٧٥١، ١٦٧٥٢)، وابن حبان (٣٨٥٤)، والدارقطني (٤٧٥٦-٤٧٥٨)، والبيهقي (٥/ ٢٣٩)، (٩/ ٢٩٥، ٢٩٦). وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٦١)، (٤/ ٢١٢، ٢١٣)، و«إرشاد الفقيه» (١/ ٣٥٣)، و«البدر المنير» (٦/ ٢٣٩، ٢٤٠)، (٩/ ٣٠٨، ٣٠٩)، و«الدراية» (٢/ ٢١٥).

قيل له: لو صحَّ هذا الخبرُ قُلنا بموجَبِه؛ لأنها عندَنا منحَرُ الهدي، والخلافُ في الأُضحيةِ.

فإن قيل: يومٌ شُرِع فيه الرميُ فوجَب أن يكونَ وقتًا للأُضحيةِ، أصلُه يومُ النحرِ.

قيل له: الذبحُ غيرُ معتبَرٍ بوقتِ الرمي؛ بدليلِ أنه يَجوزُ عندَهم في النصفِ الأخيرِ مِن ليلةِ النحرِ، ولا يَجوزُ الذبحُ فيه، وعندَنا: الرميُ بعدَ طلُوعِ الفجرِ، والذبحُ بعدَ الصلاةِ.

قال: ولا يُضحِّي بالعَمياءِ، والعَوراءِ، والعَرجاءِ التي لا تَمشِي (١إلى المَنسَكِ١)، ولا العَجفَاءِ.

وذلك لحديثِ البراءِ بنِ عازبٍ قال: سَمِعتُ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ، وهو يُشِيرُ بأصابِعِه: «لا يُجزِئُ في الضَّحايَا أربَعَةٌ؛ العَورَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا، والعَرجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا، والمرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، والعَجفَاءُ التِي لا تُنقِي»[٢].

وعنِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «استَشرِفُوا العَينَ والأُذُنَ»[٣].

(١-١) من (أ، ح، غ، ل، ي).

(٢) قال في حاشية (ح): «أي: لا نقي لها والنقي المخ».

والحديث أخرجه أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٧١)، وابن ماجه (٣١٤٤) من طريق عبيد بن فيروز، عن البراء. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح لا نعرفه إلا من حديث عبيد بن فيروز، عن البراء».

(٣) أخرجه البزار (٢٩٣٢)، والطبراني في «الأوسط» (٩٤٢١) من طريق محمد بن كثير الملائي، عن أبي سنان، عن أبي إسحاق، عن صلة، عن حذيفة، واللفظ للطبراني. قال البزار: «وهذا الحديث لا نعلمه يروى عن صلة، عن حذيفة إلا بهذا الإسناد، ويروى عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من غير وجه». =

قال: ولا يَجوزُ مقطوعةُ الأذُنِ والذَّنَبِ، ولا التي ذهَب أكثرُ أذنِها، فإن بَقِي الأكثرُ مِن الأذنِ والذَّنَبِ جاز.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «استشرفوا العين والأذن». فاعتبَر بقاءَ الأُذُنِ؛ وأما الذَّنَبُ فهو عضوٌ كاملٌ مقصودٌ فصار كالأذُنِ؛ وأما إذا ذهَب أكثرُ أذنِها وذنَبِها فإنها لا تُجزِئُ؛ لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه نَهَى أن يُضَحَّى بعَضباءِ الأذُنِ»، قال سعيدُ بنُ المسيِّبِ: «هي التي ذهَب أكثرُ أذنِها»[1]؛ ولأن الأكثرَ يقومُ مقامَ الجميعِ، فإذا بَقِي الأكثرُ لم يُعتَدَّ بما ذهَب؛ لأنها لا تخلو مِن عيبٍ، وإن ذهَب الأكثرُ صار كذَهابِ جميعِها فلم يَجُز.

وقد ذكَر محمدٌ في «الأصلِ»: إن ذهَب الثلُثُ مِن الأذنِ جاز[2]. وعن أبي حنيفةَ: أنه لا يُجزِئُ[3].

وجهُ الروايةِ الأُولى: أن الثلُثَ في حكمِ القليلِ بدليلِ جوازِ الوصيةِ به.

وجهُ الروايةِ الثانية: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[4].

وحديث علي أخرجه أبو داود (٢٨٠٤)، والترمذي (١٤٩٨، ١٥٠٣)، والنسائي (٤٣٧٢، ٤٣٧٣، ٤٣٧٦)، وابن ماجه (٣١٤٣). وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٦٠٦)، و«علل الدارقطني» مسألة (٣٨٠)، و«نصب الراية» (٤/ ٢١٤، ٢١٥)، و«البدر المنير» (٩/ ٢٩١-٢٩٦)، و«الدراية» (٢/ ٢١٦)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٤٠).

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٥، ٢٨٠٦)، والترمذي (١٥٠٤)، والنسائي (٤٣٧٧)، وابن ماجه (٣١٤٥) من طريق قتادة، عن جري بن كليب السدوسي، عن علي. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٢) ينظر: «الأصل» (٥/ ٤٠٩).

(٣) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٥٨)، و«العناية» (٩/ ٥١٥)، و«البناية» (١٢/ ٣٥).

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨) من حديث سعد بن أبي وقاص. =



قال: ويَجوزُ أن يُضَحِّيَ بالجَمَّاءِ، والخَصِيِّ، والثَّولاءِ.

أما جوازُ الجمَّاءِ: فلِما روي: «أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سُئِل عن القرنِ؟ قال: لا يَضُرُّ، أمَرنا رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نَستَشرِفَ العَينَ والأذُنَ». ولأن القرنَ لا يُنتَفَعُ به في الأضحيةِ، ولا هو منصوصٌ عليه فلم يؤثِّر عدمُه.

فأمَّا الثَّولاءُ فهي المجنونةُ[1]، والعقلُ غيرُ مقصودٍ في البهائمِ، وأما الخَصِيُّ فلَحمُه أرطَبُ وأنفَعُ فكان أولى. وعن الشعبيِّ: «ما زاد في لحمِه أنفَعُ مما ذَهَب مِن خُصيَتِه[2]».

وتَجوزُ الجَرباءُ إذا كانت سمينةً؛ لأنها إذا كانت سمينةً فالجرَبُ بِجِلدِها وذلك لا يَضُرُّ بلحمِها؛ وأما الهَتمَاءُ، وهي الذاهبةُ الأسنانِ فإنها لا تُجزِئُ، وفي روايةٍ أخرى: إذا بَقِي الأكثرُ تُجزِئُ[3].

قال: والأضحيةُ مِن الإبِلِ، والبقَرِ، والغَنَمِ.

وذلك لأن هذا حكمٌ مُستفادٌ بالشرعِ، ولم يُنقَل أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا غيرَه مِن الصحابةِ ضَحَّوا بغيرِ ذلك.

قال: يُجزِئُ مِن ذلك كلِّه الثَّنِيُّ فصاعِدًا إلا الضأنَ فإنَّ الجَذَعَ منه يُجزِئُ.

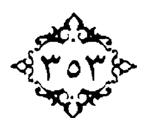
وذلك لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إلا أن

وأخرجه البخاري (٢٧٤٣)، ومسلم (١٦٢٩) من حديث ابن عباس.

(١) ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٥).

(٢) في (ح، ل): «خصيبه». وينظر: «المغني» (٩/ ٤٤٢).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٧٥)، و«الهداية» (٤/ ٣٥٩).



يَعسُرَ عَلَى أحَدِكُم فَليَذبَحِ الجَذَعَ مِنَ الضَّأنِ»[1]. وقال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نِعمَ الأُضحِيَةُ الجَذَعُ مِنَ الضَّأنِ»[2]. ولما قدَّم أبو بُردةَ الذبحَ قال له النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّهَا شَاةُ لَحمٍ». فقال: يا رسولَ اللهِ عندي عَناقٌ خيرٌ مِن شاتَي لحمٍ؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَجزِي عَنكَ، ولا تَجزِي عَن أحَدٍ بَعدَكَ»[3].

وقد قال الفقهاءُ: إن الجذعَ مِن الضأنِ ما له ستةُ أشهرٍ، والثَّنِيُّ ابنُ سنةٍ، والجذَعُ مِن البقَرِ ابنُ سنةٍ، والثَّنِيُّ ابنُ سنتَينِ، والجذَعُ مِن الإبلِ ابنُ أربعِ سنينَ، والثَّنِيُّ ابنُ خمسةٍ[4].

قال: ويأكُلُ مِن لحمِ الأضحيةِ، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفقراءَ، ويدَّخِرُ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨] وقال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُنتُ نهيتُكُم عَن أكلِ لُحُومِ الأضَاحِي، فَكُلُوا مِنهَا، وادَّخِرُوا مَا بَدَا لَكُم»[5].

وأما إطعامُ الأغنياءِ فلأنه يَجوزُ أن يأكُلَ منها وهو غَنِيٌّ كذلك غيرُه.

قال: ويُستَحَبُّ أن لا يَنقُصَ الصدقةَ مِن الثُّلُثِ.

(١) أخرجه مسلم (١٩٦٣) من حديث جابر؛ بلفظ: «لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا جذعة من الضأن».

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٩٩) من حديث أبي هريرة. قال الترمذي: «حديث غريب، وقد روي هذا عن أبي هريرة موقوفًا».

(٣) أخرجه البخاري (٩٥٥)، ومسلم (١٩٦١).

(٤) ينظر: «المبسوط» (٤/ ١٤١)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٧٠).

(٥) أخرجه بنحوه مسلم (٩٧٧) من حديث بريدة.



وذلك لأن الآيةَ الكريمةَ والخبرَ تضمَّنا جوازَ الأكلِ والتصدُّقِ والادِّخارِ، فصارتِ الجهاتُ ثلاثةً فتُقسَمُ عليها.

قال: ويَتصدَّقُ بجِلدِها.

وذلك لأنه جزءٌ منها، فإن باعه تصدَّق بثمنِه؛ لأن القُربةَ فاتَت في عينِه فانتُقِل إلى بدَلِه.

قال: أو يَعمَلُ منه آلةً تُستَعمَلُ في البيتِ.

وهذا الذي ذكَره مثلُ أن يَعمَلَ منها نِطَعًا[1]، أو سُفرةً، أو دَلوًا، أو غِربالًا وما أشبهَ ذلك مِمَّا يُنتَفَعُ به، وذلك لأنه جزءٌ مِن الأضحيةِ فجاز الانتفاعُ به بعدَ تعيُّنِ القُربةِ فيه بالذبحِ، أصلُه لحمُها.

وقد قال أصحابُنا: له أن يَبيعَه بهذه الآلةِ[2] التي ذَكَرناها[3].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[4].

لنا: أن ما خُيِّر بينَ الانتفاعِ به والصدقةِ جاز أن يتعوَّض عنه بما يُنتَفَعُ به كاللُّقَطةِ.

فإن قيل: رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعليٍّ: «اقسِم جُلُودَهَا وَجِلالَهَا[5]،

---

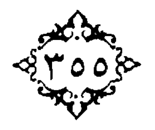
(١) النطع: بالكسر وبالفتح وبالتحريك بساط يتخذ من الأديم. ينظر: «الصحاح» (٣/ ١٢٩١)، و«المغرب» (ص ٤٦٨)، و«تاج العروس» (نطع) (٢٢/ ٢٦١، ٢٦٢).

(٢) في (أ٢): «الأشياء».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٦٤)، و«الهداية» (٤/ ٣٦٠)، و«العناية» (٩/ ٥١٨).

(٤) ينظر: «الأم» (٢/ ٢٤٦)، و«الحاوي» (١٥/ ١٢٠)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٢٥).

(٥) جُلُّ الدابة: كثوب الإنسان يلبسه يقيه البرد، وجمعها جِلال وأجلال. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ١٠٥).



وَلا تُعطِي أُجرَةَ الجزَّارِ مِنهَا»[1].

قيل له: النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختار الأفضلَ، كذلك عندَنا الأفضلُ أن يتصدَّقَ به.

وقد قالوا أيضًا: لو اشتَرى هذه الآلاتِ بشيءٍ مِن لحمِها جاز، إلا أن الأفضلَ في اللحمِ أكلُه والتصدُّقُ به؛ لأن منفعتَه تتعجَّلُ[2].

وقد قالوا: لو اشتَرى بجِلدِها خَلًّا أو أبزارًا لم يَجُز؛ لأن ذلك لا يُنتَفَعُ به إلا باستهلاكِ عينِه، والمأمورُ أن يُبدِلَه بما يقومُ مقامَ عينِه[3].

قال: والأفضلُ أن يَذبَحَ أُضحِيتَه بيدِه، إن كان يُحسِنُ الذَّبحَ.

وذلك لِما روَى جابرٌ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضحَّى بكبشَينِ، قال حِينَ وجَّههما: «وَجَّهتُ وَجهِيَ للَّذِي فَطَرَ السماواتِ والأرضَ حَنِيفًا مُسلِمًا، اللَّهُمَّ مِنكَ ولَكَ، عَن محمَّدٍ، وعَن أُمَّتِهِ، بِاسمِ اللَّهِ، واللَّهُ أكبَرُ»[4].

وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كان إذا ذبَح قال: «بِاسمِ اللَّهِ، واللَّهُ أكبَرُ، اللَّهُمَّ مِنكَ ولَكَ صَلاتِي ونُسُكِي ومَحيَايَ ومَماتِي للَّهِ ربِّ العالَمِينَ، لا شَرِيكَ لَهُ، وبِذَلِكَ

---

(١) أخرجه البخاري (١٧١٦)، ومسلم (١٣١٧).

(٢) ينظر: «العناية» (٩/ ٥١٨)، و«البناية» (١٢/ ٥٤).

(٣) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٦٠)، و«العناية» (٩/ ٥١٨).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١) من طريق أبي عياش، عن جابر. قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٤/ ١٤٣): «وأبو عياش لا يعرف».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٥٩): «حَنِيفًا: الحَنِيف بالحاء المهملة، والنون، والياء آخر الحروف، وآخره فاء: هو المائل إلى الإسلام الثابت عليه. والحنيف عند العرب: من كان على دين إبراهيم الخليل عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وأصل الحَنَف بالتحريك: الميل».

أُمِرتُ وأنا أوَّلُ المسلِمِينَ»[1].

فإن كان لا يُحسِنُ الذَّبِيحَةَ كُرِه له؛ لأن في ذلك تَعذِيبَ الحيوانِ، وهو منهِيٌّ عنه.

قال ويُكرَهُ أن يَذبَحها الكِتابِيُّ.

وذلك لأن المقصودَ بها القُربةُ، وفِعلُ الكتابِيِّ ليس بقُربةٍ.

قال: وإذا غَلِط رجلانِ فذبَح كلُّ واحدٍ منهما أُضحيةَ الآخَرِ أجزَأَ عنهما، ولا ضمانَ عليهما.

أما جوازُ الذبحِ فهو استِحسانٌ، والقياسُ أن لا يَجوزَ، وهو قولُ زفرَ[2].

وجهُ القياسِ: أنه ذبَح شاةَ غيرِه بغيرِ أمرِه فلا يُجزِئُ عن الأضحيةِ، كشاةِ القَصَّابِ.

وجهُ الاستحسانِ: أن الأضحيةَ قد تعيَّنت فيها، وغرَضُ صاحبِها ذبحُها، فإذا ذبَحها فقد حصَل مقصودُه وأسقَط عنه مُؤنةَ الذبحِ، فصار كأنه ذبَح بأمرِه.

وأما قولُه: ولا ضمانَ عليهما. فهو قولُ أصحابِنا المشهورُ، وقال زُفَرُ: على كلِّ واحدٍ منهما الضمانُ. وقال الشافعيُّ: يَضمَنُ النقصانَ، ويتصدَّقُ به[3].

وجهُ قولِ أصحابِنا: أنه ذبحٌ يُجزِئُ عن الأضحيةِ فلم يَضمَنِ الذابحُ، كما لو كان بأمرِ صاحبِها.

(١) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (٦٩٥٨).

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣٦١)، و«العناية» (٩/ ٥١٩)، و«البناية» (١٢/ ٥٩).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ١١٢)، و«بحر المذهب» (٤/ ٢٠٩).



فإن قيل: مَن ضَمِن إتلافَ الشيءِ ضَمِن نُقصانَه بالتعدِّي، أصلُه شاةُ القصَّابِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنه تعدَّى بالذبحِ إذا قصَد التخفيفَ عن صاحبِها أو غَلِط فظنَّها أضحيةَ نفسِه، ولأن الإتلافَ يَفُوتُ به غرَضُ المضحِّي منها، بدليلِ أنه لا يَجوزُ عن الأضحيةِ فلذلك ضَمِن، وليس كذلك الذبحُ؛ لأنه يَحصُلُ له غرَضُه، بدليلِ جوازِه عن الأضحيةِ، فصار كالذبحِ بإذنِه.

وقد قالوا: لو غَلِط كلُّ واحدٍ منهما فذبَح أضحيةَ صاحبِه وأكلها أجزأه، ويُحلِّلُ كلٌّ منهما صاحبَه؛ لأن كل واحدٍ منهما يَجوزُ أن يُطعِمَها الآخَرَ ابتداءً؛ كذلك يَجوزُ أن يُحَلِّلَه منها بعدَ أكلِه، وله أن يُضَمِّنَه قيمتَها؛ لأن الذبحَ قد أجزَأ صاحبَها عن القُربةِ، واللحمُ له أخذُه[1].

ومَن أتلَف لحمَ الأضحيةِ ضَمِن ويتصدَّقُ بالقيمةِ، إن كانتِ الأيامُ قد مضَت؛ لأنها بدَلٌ عن اللحمِ، فصار كما لو باعه.

وقد قال أصحابُنا: إذا فاتت أيامُ الذبحِ تصدَّق بالأضحيةِ كما هي ولم يَذبَحها، فإن ذبَحها تصدَّق بلحمِها وبما نقَصَت بالذبحِ[2].

وقال الشافعيُّ: يَذبَحُها ويتصدَّقُ بلحمِها كما يَفعَلُ في الأيامِ[3].

---

(١) ينظر: «الأصل» (٥/ ٤١١)، و«المبسوط» (١٢/ ١٨).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٨٤)، و«المبسوط» (١٢/ ١٤).

(٣) في مذهب الشافعي تفصيل؛ وهو أنه إذا كان قد أوجب أضحيته ولم يذبح في أيام التشريق فيذبحها قضاء، وإذا لم تكن واجبة لكنه لم يذبح في أيام التشريق بسبب أنها ضلت أو سرقت فلا شيء عليه، لكن إذا وجدها يستحب له ذبحها والتصدق بها. ينظر: «الأم» (٢/ ٢٤٧)، و«الحاوي» (١٥/ ١١١)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٠٩، ٢١٩).

لنا: ما رُوِي عن جماعةٍ مِن الصحابةِ أن أيامَ النحرِ ثلاثةٌ[1]، وهذا التخصيصُ يقتَضِي أن لا يَجوزَ في غيرِها، ولأنه نسُكٌ يختَصُّ بأيامِ النحرِ فسقَط بفواتِها كالرمي.

فإن قيل: كلُّ وقتٍ وجَب إخراجُ الأضحيةِ إلى أهلِها وجَب ذبحُها فيه كأيامِ الذبحِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن في أيامِها يَجِبُ إخراجُها، وإنما يُستَحبُّ ذلك في اللحمِ، وبعدَ الأيامِ يَجِبُ إخراجُ العينِ، والمعنى في الأيامِ أنها أُضِيفت إلى هذه العبادةِ فجازت فيها، وما بعدَ هذه الأيامِ بخلافِه.

وقد قال أصحابُنا: إذا دخَل العشرُ وأراد الإنسانُ أن يُضَحِّيَ أو عيَّن أضحيةً لم يَلزَمه أن يَجتَنِبَ حلقَ شعْرِه وقصَّ أظفارِه[2].

وقال الشافعيُّ: يَجتَنِبُ ذلك حتى يُضَحِّيَ[3].

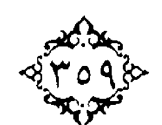
لنا: ما روَى الشعبيُّ، عن مسروقٍ قال: «قلتُ لعائشةَ: إن رجالًا هاهنا يَبعَثُون بالهديِ إلى البيتِ فلا يزالونَ مُحرِمِينَ حتى يَحِلَّ الناسُ؟ فسَمِعتُ تصفيقَ يدِها مِن وراءِ الحجابِ، فقالت: سبحانَ اللَّهِ، لقد كنتُ أفتِلُ قلائدَ هديِ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيدِي، فيَبعَثُ بها إلى الكعبةِ، ويُقِيمُ فما يترُكُ شيئًا يَصنَعُه الحلالُ حتى يَرجِعَ الناسُ»[4].

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣١٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٤٤)، و«المعتصر من المختصر» (١/ ٢٦٤).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٩١)، و«الحاوي» (١٥/ ٧٣)، و«المهذب» (١/ ٤٣٣).

(٤) أخرجه البخاري (٥٥٦٦)، ومسلم (١٣٢١).



ورُوي: «لا يَجتَنِبُ شيئًا مِمَّا يَجتَنِبُه المُحرِمُ»[1].

ولأن تحريمَ الوطءِ في الإحرامِ أغلَظُ مِن تحريمِ غيرِه، فإذا لم يُمنَع منه فأولى أن لا يُمنَعَ مِن غيرِه.

فإن قيل: روت أُمُّ سلمةَ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذَا دخَلَ العَشرُ، وَأرادَ أحَدُكُم أن يُضَحِّيَ، فَلا يَمَسَّ مِن شَعْرِه وَلا مِن بَشَرَتِه شَيئًا»[2].

قيل له: هذا الخبرُ لا يَصِحُّ إسنادُه، وقد ترَك أكابرُ الصحابةِ العملَ به، ورَوَى الليثُ هذا الخبرَ، وقال: والناسُ على خلافِه[3].

والعقيقةُ عندَنا مستحبةٌ[4]. وقال الشافعيُّ: هي سنةٌ[5].

لنا: أن فاطمةَ قالت لرسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أعُقُّ عن ولدِي الحسنِ؟ فقال: «لا، ولكِن تَصَدَّقِي بِوَزنِ شَعْرِه فِضَّةً»[6]. ولو كان ذبحًا مسنُونًا لم يُقِم مقامَه الصدقةَ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «يُعَقُّ عَنِ الغُلامِ بِشَاتَينِ،

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٩٨)، ومسلم (١٣٢١) من طريق (عروة، وعمرة)، عن عائشة.

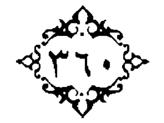
(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) ينظر: «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٨١).

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٢٩٢)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٤٤).

(٥) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ١٢٦)، و«المهذب» (١/ ٤٣٨)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٢٠٥).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٧١٧)، وأحمد (٢٧١٨٣)، والبيهقي (٩/ ٣٠٤) من طريق ابن عقيل، عن علي بن الحسين، عن أبي رافع. قال البيهقي: «تفرَّد به ابن عقيل». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١١٨١)، و«البدر المنير» (٩/ ٣٤٤-٣٤٧)، و«مجمع الزوائد» (٤/ ٥٧)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٤٨).



وَعَنِ الجَارِيَةِ بِشَاةٍ»[1].

قيل له: هذا يدُلُّ على الاستحبابِ، ولو كان سُنَّةً لم يترُكه النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عندَ وجودِ سببِه، فلمَّا جوَّز لفاطمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تركَه[2] دلَّ على[3] أنه[4] غيرُ سنَّةٍ، وأنه مستَحبٌّ.

والله أعلم

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٣٤- ٢٨٣٦)، والترمذي (١٥١٦)، والنسائي (٤٢١٥- ٤٢١٨)، وابن ماجه (٣١٦٢) من حديث أم كرز. قال الترمذي: «هذا حديث صحيح». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٤١٠١).

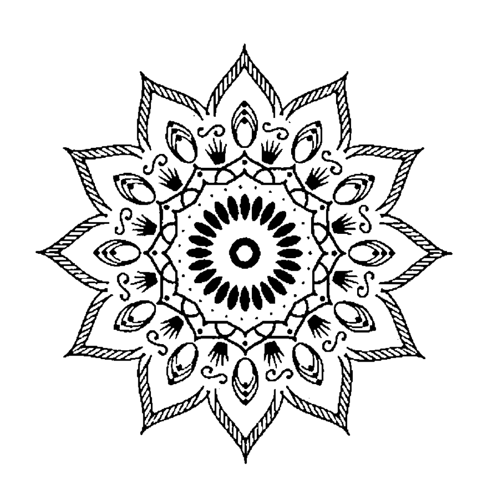
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٠): «العَقِيْقَة بالعين المهملة، وقافين، بينهما ياء آخر الحروف: الذبيحة التي تذبح عن المولود. وأصل العق: الشق والقطع؛ وقيل للذبيحة: عقيقة، لأنها يشق حلقها. ويقال أيضًا للشعر الذي يخرج على رأس المولود من بطن أمه عقيقة؛ لأنه يحلق. وجعل الزمخشري الشعر أصلًا، والشاة المذبوحة مشتقة منه. وتبعه في المغرب، فقال: عقيقة المولود شعره، لأنه يقطع عنه يوم أسبوعه». ينظر: «أساس البلاغة» (١/ ٦٧٠)، و«المغرب» (٢/ ٧٥).

(٢) في (ض): «تركها».

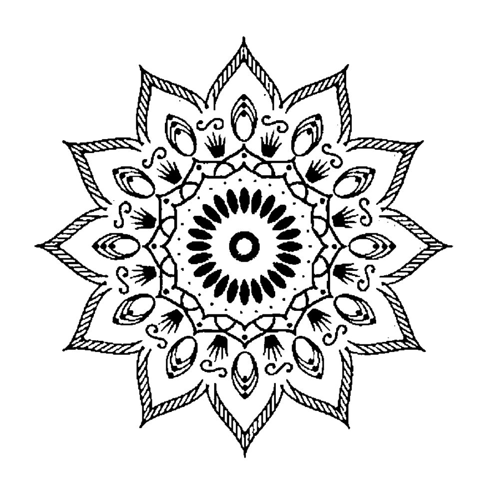
(٣) ليس في (أ٢، ح، ش، ظ، ي).

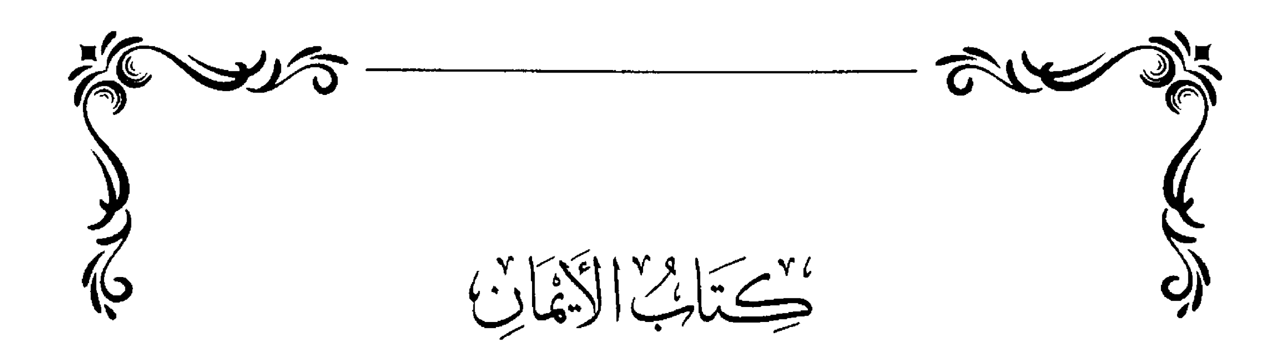
(٤) في (ض، ي): «أنها».





كِتَابُ الأَيْمَانِ





كتاب الأيمان

اليمينُ في اللغةِ: مشتقةٌ مِن القوَّةِ، قال الشاعِرُ:

إِذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَت لِمَجدٍ ... تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِاليَمِينِ[1]

فلما كانوا يتوثَّقُونَ باليمينِ سَمَّوا ذلك يَمِينًا، وقد قيل: إنها مأخوذةٌ مِن اليمينِ التي هي الجارحةُ؛ لأنهم كانوا يُعاهِدُون بدَفعِ أيمانِهم فاشتُقَّت مِن ذلك.

واليمينُ على ضَربَينِ:

يَمِينٌ هي قَسَمٌ: وهي كلُّ ما يقتَضِي تعظيمَ المقسَمِ به؛ وذلك لا يكونُ إلا في اليمينِ باللَّهِ تعالى؛ لأن أحدًا لا يستحِقُّ التعظيمَ غيرَه، وهذا التعظيمُ يجرِي مَجرَى العبادةِ، وهذا هو الذي تَعرِفُه العربُ، وإن لم يَخُصُّوها باللَّهِ تعالى.

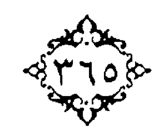
والضربُ الثاني: الشرطُ والجزاءُ إذا قُصِد به الامتناعُ مِن فِعلِ الشيءِ أو الحثِّ

---

(١) قال في حاشية (ح): «صدره: رَأَيْتُ عَرَابَةَ الأَوْسِيَّ يَسْمُو إِلَى الخَيْرَاتِ مُنْقَطِعِ القَرِينِ.

والبيتان للشماخ من قصيدة في عرابة بن أوس الأنصاري، وإثبات الراية للمجد مجاز، وذكر اليمين تصويرًا لتمكنه من أخذها واقتداره عليها، والمعنى: إذا رفعت رايات وأمور يكسب أصحابها مجدًا وشرفًا تلقاها هذا الرجل دون الناس بقوة وتمكن منها واقتدار عليها، وقال بعضهم: بيمين أي: بحق من قوله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ﴾ [الحاقة:٤٥]».

والبيتان من الوافر، ينظر فيهما: «الشعر والشعراء» (١/ ٣١٩)، و«الكامل في اللغة والأدب» (١/ ١٠٨).



على الفِعلِ، ولم تَجرِ عادةٌ[1] مِن أهلِ الشرعِ بِخِلافِ[2] ذلك، وهذه اليمينُ لا يَعرِفُها أهلُ اللغةِ؛ وإنما صارت يَمِينًا بِعُرفِ أهلِ الشرعِ، يُبيِّنُ ذلك أنهم يقولون: حلَف بِعِتقِ عبدِه، وبطلاقِ امرأتِه.

وإنما قُلنا: إذا قصَد به الامتناعَ. احتِرازًا مِن قولِ القائلِ: إن خِطتَ هذا الثوبَ فلك دِرهمٌ.

وقُلنا: ولم تجر عادةٌ مِن أهلِ الشرعِ بخلافِه. احترازًا مِمَّن قال لامرأتِه: إذا حِضتِ وطَهُرتِ فأنتِ طالِقٌ. لأنهم لا يُطلِّقُون إلا على هذا الوجهِ حتى يكونَ طلاقًا سُنِّيًّا، فلم يكن يَمِينًا لهذا المعنى.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **الأيمانُ على ثلاثةِ أضرُبٍ؛ يَمِينُ الغَموسِ، ويَمِينٌ مُنعَقِدَةٌ، ويَمِينُ لَغوٍ، فيَمِينُ الغَموسِ هي الحَلِفُ على أمرٍ ماضٍ يتعمَّدُ الكَذِبَ فيه.**

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وقد يكونُ يَمينُ الغموسِ على الحالِ أيضًا، فالماضِي مثلُ قولِه: واللَّهِ ما فعلتُ كذا وهو يَعلَمُ أنه فعَله، أو: واللَّهِ لقد فعَلتُ كذا وهو يَعلَمُ أنه لم يَفعَله، والحالُ مثلُ قولِه: واللَّهِ ما لهذا الرجلِ عليَّ دَينٌ وهو كاذِبٌ.

قال: فهذه اليمينُ يأثَمُ بها، ولا كفارةَ فيها إلا الاستغفارُ[3].

وقال الشافعيُّ: فيها الكفارةُ[4].

---

(١) في (ش، غ، ي): «عبارة». (٢) في (ح، غ، ي): «تخالف»، وفي (ر): «خلاف».

(٣) ينظر: «الأصل» (٢/ ٢٩٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٧٤، ٣٧٧، ٣٧٨)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٩٧)، و«النتف» (١/ ٣٨٠، ٣٨١).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٦٧)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٣٠٤)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٣).



لنا: أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لاعَن بينَ المتلاعِنَين، ثُم قال: «أحَدُكُما كَاذِبٌ، فَهَل مِن تائِبٍ؟»[1]. فأمَر بالتوبةِ دُونَ الكفارةِ، والتوبةُ معلومٌ وجوبُها بالعقلِ كما تَقَرَّر[2] في الشرعِ في الجملةِ، والكفارةُ لا وصولَ إلى معرفتِها إلا بقولِ الرسولِ[3] فكان بيانُها أولى، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَمِينُ الغَمُوسِ تَذَرُ الدِّيَارَ بَلاقِعَ»[4]. ولم يُبَيِّن[5] الكفارةَ.

ولأنها يمينٌ يقارِنُها الحنثُ فوجَب أن لا يتعلَّق بها الكفارةُ، أصلُه يمينُ اللغوِ، ولا يَلزَمُ إذا حلَف لَيَصعَدَنَّ السماءَ، أو لَيَقلِبَنَّ هذا الحجَرَ ذَهبًا؛ لأن الحنثَ يتأخَّرُ عن هذه اليمينِ، بدليلِ أن الحنثَ لا يكونُ باليأسِ مِن الفعلِ إلا بعد مُضِيِّ وقتِ الفعلِ، ولهذا لو حلَف لَيَصعَدَنَّ السماءَ اليومَ لم يَحنَث حتى يَمضِيَ اليومُ، وفي مسألةِ الإلزامِ لم يُوجَد شرطُ الحنثِ مع اليمين لكنه تعقَّبَها فافترَقا؛ ولأن هذه اليمينَ لا ينعقدُ بدليلِ أن العقدَ ما يُتوهَّمُ فيه البقاءُ والانحلالُ، وذلك لا يُوجَدُ في الغَموسِ، وما لا ينعقدُ لا يَجِبُ فيه الكفارةُ كاللغوِ.

(١) أخرجه البخاري (٥٣١١، ٥٣١٢، ٥٣٤٩)، ومسلم (١٤٩٣) من حديث ابن عمر. وأخرجه البخاري (٤٧٤٧، ٥٣٠٧) من حديث ابن عباس.

(٢) في (ج، ش، غ، ي): «يعرف»، وفي (ح، ل): «تقدَّم». (٣) في (ر، ض١): «الشارع».

(٤) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (١٠٩٢) من حديث أبي هريرة. وفي «مسند الشاميين» (٢٥٤٣) من حديث واثلة بن الأسقع. وينظر: «البدر المنير» (٨/ ١٩٤-١٩٦)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢٢٨، ٢٢٩).

وقوله: «بلاقع»: جمع بلقع، وهي الأرض القفر التي لا نبات فيها ولا ماء، يعني: أنها تُخرِّب الديار بالموت والجلاء. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦٧).

(٥) في (ح): «يثنِّ بذكر».



فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾. ثُم قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة:٨٩]. فقابَل اللغوَ بالمنعَقِدةِ، فإذا لم تكن هذه لغوًا كانت منعقدةً.

قيل له: إن اللَّهَ تعالى نفَى المؤاخذةَ عن يمينِ اللغوِ وأثبتها في اليمينِ المنعَقِدةِ، وقد بيَّنَّا أن هذه غيرُ مُنعَقِدةٍ؛ لأنها لا تُوجِبُ شيئًا، ولا تُثبِتُ تحريمًا.

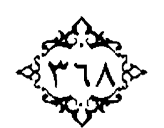
فإن قيل: وُجِد الحَلِفُ باللَّهِ تعالى والمخالفةُ مع القَصدِ والاختيارِ مِن مكلَّفٍ، فوجبَتِ الكفارةُ، أصلُه اليمينُ على المستقبَلِ، وإذا قال: لأقتُلَنَّ فلانًا. وهو يَعلَمُ أنه ميِّتٌ.

قيل له: لا نُسلِّمُ وجودَ المخالَفةِ؛ لأن ذلك لا يكونُ إلا في اليمينِ على المستقبَلِ، فأما الماضِي فهو مُخبِرٌ بالكَذِبِ، ويَبطُلُ بالمَولى إذا فاء فلا كفارةَ عليه، مع وجودِ ما ذكَرُوا.

والمعنى في اليمينِ على المستقبَلِ أن الحانِثَ لا يُقارِنُ عقدَها فلَزِمت الكفارةُ، وفي مسألتِنا لمَّا قارَن الحِنثُ عَقدَها لم يَلزَمِ الكفارةُ.

وأما إذا حلَف لَيقتُلَنَّ فلانًا فاليمينُ هنا يتعلَّقُ بها إيجابُ مَعنًى فجاز أن تَنحَلَّ مع الكفارةِ، وفي مسألتِنا لا يتعلَّقُ باليمينِ تحريمٌ ولا إيجابُ معنًى، فلم تتعلَّق به الكفارةُ.

قال: واليمينُ المنعَقِدةُ: الحَلِفُ على الأمرِ المستقبَلِ أن يَفعَلَه أو لا يَفعَلَه، وإذا حَنِث في ذلك لَزِمَته الكفارةُ.



وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، ولِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأى غَيرَها خَيرًا مِنهَا، فَليَأتِ الذِي هُوَ خَيرٌ، وَليُكَفِّر عَن يَمِينِهِ»[(١)].

وقد قال أصحابُنا: هذه اليمينُ تَجِيءُ على ثلاثةِ أضرُبٍ:

يَمِينٌ يَجِبُ الوفاءُ بها: وهي اليمينُ على فِعلِ الواجباتِ وتَركِ المعاصِي.

ويَمِينٌ يَجِبُ الحِنثُ فيها: وهي اليمينُ على فِعلِ المعاصِي وتَركِ الطاعاتِ، قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن حَلَفَ أن يُطِيعَ اللَّهَ فَليُطِعهُ، وَمَن حَلَفَ أن يَعصِيَ اللَّهَ فَلا يَعصِهِ»[(٢)].

والضربُ الثالثُ: ما خُيِّرَ الإنسانُ فيه بينَ التركِ والفِعلِ، فمنه ما يُندَبُ إلى الحنثِ فيه، وهو ما كان فِعلُه خيرًا[(٣)] مِن تركِه، ومنه ما لا يُندَبُ إلى الحنثِ وهو المباحاتُ[(٤)].

قال: ويَمِينُ اللغوِ: أن يَحلِفَ على أمرٍ ماضٍ، وهو يَظُنُّ أنه كما قال، والأمرُ بِخِلافِه، فهذه اليمينُ نرجو أن لا يُؤاخِذَ اللَّهُ تعالى بها[(٥)].

---

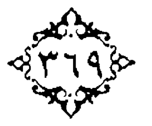
(١) أخرجه مسلم (١٦٥٠) من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه البخاري (٦٦٩٦، ٦٧٠٠) من حديث عائشة؛ بلفظ: «من نذر...».

(٣) كذا على الجادة من (ر)، وما ورد في باقي النسخ بغير ألف النصب فصحيح على لغة ربيعة، وقد تقدَّم التنبيه على مثله مرارًا.

(٤) ينظر: «الأصل» (٢/ ٢٧٥)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٩١)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٣).

(٥) بعده في (ح): «صاحبها».



وهذا الذي ذكَره مثلُ قولِه: واللَّهِ لقد دخَلتُ الدارَ. أو: واللَّهِ ما كلَّمتُ زيدًا.

وعن محمدٍ أنه قال: اللغوُ ما يَجرِي بينَ الناسِ مِن قولِهم: لا واللَّهِ، وبلى واللَّهِ.

دليلُنا: ما رُوِي عن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت في لغوِ اليمينِ: قال رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هُوَ قَولُ الرجلِ لا وَاللَّهِ، وَبَلَى وَاللَّهِ»(١). وعن ابنِ عباسٍ: «هو الحَلِفُ على اليمينِ الكاذبةِ، وهو يَرَى أنه صادقٌ»(٢). وعن زُرارةَ بنِ أوفى قال: «الرجلُ يَحلِفُ عَلَى اليمينِ لا يَرَى إلا أنه كما حلَفَ»(٣).

قال: والقاصدُ في اليمينِ، والمُكرَهُ، والناسِي سواءٌ، ومَن فعَل المحلوفَ عليه مُكرَهًا، أو ناسِيًا سواءٌ(٤).

وقال الشافعيُّ: لا ينعقِدُ يَمِينُ المُكرَهِ(٥).

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلاقُ، واليَمِينُ»(٦).

---

(١) أخرجه البخاري (٤٦١٣) موقوفًا.

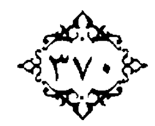
(٢) أخرجه ابن جرير في «تفسيره» (٤/ ٢٠)، وابن المنذر في «الأوسط» (٨٩٧١).

(٣) أخرجه ابن جرير في «تفسيره» (٤/ ٢٣).

(٤) ينظر: «الهداية» (٢/ ٧٢)، و«العناية» (٥/ ٦٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٩٢)، و«البناية» (٦/ ١١٨)، و«فتح القدير» (٥/ ٦٥).

(٥) ينظر: «الأم» (٧/ ٨١)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٦٨)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٦٣).

(٦) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة؛ بلفظ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد؛ النكاح والطلاق والرجعة». قال الترمذي: «حسن غريب». وينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٠٩)، و«التنبيه» لابن التركماني (١١٠٥، ١٢٥٠)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٩٣، ٢٩٤)، و«الدراية» (٢/ ٩٠، ٩١).



فـدَلَّ علـى أن القصـدَ غيرُ مُعتبَرٍ، ولِمـا رُوِي: أن حذيفـةَ بـنَ اليمـانِ وأبـاه خرَجا إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيَلحَقاه ببَدرٍ فيُقاتِلا معه، فأخَذهما المشركونَ واستَحلَفُوهما أن لا يُعِينا رسولَ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلمَّا وَصَلا إليه ذكَرا ذلك لـه، فقـال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فِيَا[1] لَهُم بِعَهدِهِم وَنَستَعِينُ بِاللَّهِ عَلَيهِم»[2]. ولأنه مكلَّفٌ فانعَقَدَت يمينُه كغيرِ المكرَهِ.

فإن قيـل: الإكـراهُ يَمنـعُ صحةَ الكفرِ فوجَـب أن يَمنَعَ صحـةَ اليمينِ، أصلُه النومُ والجنونُ.

قيل له: النومُ والجنونُ يَنفِي التكليفَ فمنَع انعقادَ اليمينِ، والإكراهُ لا يَنفِي التكليفَ فلا يَمنَعُ انعقادَ اليمينِ.

وأما إذا فعَل المحلوفَ عليه ناسيًا أو مُكرَهًا فإنه يَحنَثُ[3]، وقال الشافعيُّ: لا يَحنَثُ[4].

لنا: قولُه تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيۡمَـٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾[المائدة:٨٩]. والمرادُ به: إذا حَلَفتُم وحَنِثتُم، والناسِي حانِثٌ فلَزِمتهُ الكفارةُ بظاهرِ الآيةِ.

والدليـلُ علـى أنـه حانِثٌ: هو أن الحِنثَ في اللغـةِ وجودُ المخالفةِ في يمينٍ

---

(١) في (أ، ش): «تف»، وفي (٢أ، س): «أوف»، وفي (ح، ع): «وفِّ»، وفي (ظ): «نفي»، وفي (ل، ونسخة مشار إليها في حاشية ح): «أفيا»، وفي (ي): «فوفيا».

(٢) أخرجه مسلم (١٧٨٧)، ولفظه: «انصرفا نَفِي لهم بعهدهم».

(٣) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٤٦٩)، و«الهداية» (٢/ ٧٢)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٠٩).

(٤) ينظر: «الحـاوي» (٣/ ١١٣)، و«نهايـة المطلـب» (١٨/ ٣٦٢)، و«روضـة الطالبيـن» (٨/ ١٩٢).



منعقِدَةٍ[1]، ألا تَرى أن أهلَ اللغةِ إذا وَضَعوا اسمًا مشتَقًّا مِن فِعلٍ لم يَفصِلُوا فيه بينَ النِّسيانِ والعمدِ، بدلالةِ اسمِ الضارِبِ والقاتِلِ، وقد رُوِي مثلُ قولِنا عن مجاهدٍ، وطاوسٍ، وسعيدِ بنِ المسيِّب، وغيرِهم، ولأنه أتَى بالفِعلِ المحلوفِ عليه بدلالةِ أن القصدَ لو انضَمَّ إليه حَنِث به فصار كما لو فعَله ذاكِرًا.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

قيل له: هذا يقتَضِي رفعَ المأثَمِ، ووجوبُ الكفارةِ لا يَقِف على المأثَمِ.

فإن قيل: ما يدخُلُ في الأمرِ والنهيِ لا يدخُلُ في اليمينِ المطلَقةِ، أصلُه إذا فعَله حالَ النومِ والجنونِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن فِعلَ الناسِي لا يدخُلُ في الأمرِ والنهيِ، وإنما لا يأثَمُ به، فأما أن ترتَفِعَ أحكامُه فلا.

قال: واليمينُ باللَّهِ تعالى.

وذلك لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَن كَانَ حَالِفًا فَلْيَحلِف بِاللَّهِ أو فَلْيَدَع»[2]. ولأن هذا الاسمَ لا يُشارِكُه فيه غيرُه، واليمينُ به يُقصَدُ بها تعظيمُه، وهتكُ حُرمةِ اسمِه[3] لا تجوزُ على التأبيدِ.

---

(١) ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١٢١)، و«لسان العرب» (٢/ ١٣٨) (حنث).

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٧٩، ٦٦٤٦)، ومسلم (١٦٤٦) من حديث ابن عمر؛ بلفظ: «من كان حالفا، فليحلف بالله أو ليصمت».

(٣) في (أ، ر، ض، ض١، ظ، ع، ل، ونسخة مدرجة بين السطرين في ح): «الله تعالى»، وفي (ح، غ، ي): «التسمية»، وفي (ض٢): «اسم الله تعالى».



قال: أو باسمٍ مِن أسمائِه كالرحمنِ والرحيمِ.

وإنما قُلنا: إنه يكونُ حالِفًا بكلِّ الأسماءِ التي لا يُشارِكُه فيها غيرُه على الإطلاقِ، وإن لم يَقصِده[1]؛ لأن اليمينَ بغيرِ اللَّهِ لا يجوزُ، والظاهرُ أن الحالِفَ قصَد يمينًا صحيحةً فيُحمَلُ الاسمُ على ما يَصِحُّ الحَلِفُ به، وهو اسمُ اللَّهِ، إلا أن يَقصِدَ غيرَ اللَّهِ تعالى فلا يكونُ حالِفًا.

قال: أو بصفةٍ مِن صفاتِ ذاتِه كعِزَّةِ اللَّهِ، وجلالِه، وكِبريائِه.

وذلك لأن صفاتِ الذاتِ ليست معنًى غيرَ اللَّهِ، فصار ذِكرُها كذِكرِه فإذا قال: وعِزَّةِ اللَّهِ. فكأنه قال: واللَّهِ العزيزِ.

قال: إلا قولَه: وعِلمِ اللَّهِ. فإنه لا يكونُ يَمِينًا.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ أن يكونَ يمينًا[2]، وبه قال الشافعيُّ[3].

وجهُ الاستحسانِ: أن العادةَ أنهم يَذكُرونَ العِلمَ ويريدُونَ به المعلومَ، فيقولون: اللَّهُمَّ اغفِر عِلمَكَ فِينا. أي: معلومَكَ، والحَلِفُ بمعلومِ اللَّهِ حَلِفٌ بغيرِه.

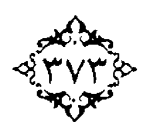
فإن قيل: قد يَذكُرون القُدرةَ ويُريدُونَ بها المقدورَ، ويقولون لِما يستعظِمُونه: انظُروا إلى قُدرةِ اللَّهِ.

---

(١) قال في حاشية (ح): «وقيل: يحتاج إلى النية فيما ينطلق على غيره تعالى كالحكيم والحليم والعليم لتكون النية مميزةً شرح مجمع للمصنف».

(٢) ينظر: «الأصل» (٢/ ٢٧٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٨٨، ٣٨٩)، و«التجريد» (١٢/ ٦٤١٠)، و«المبسوط» (٨/ ١٣٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٦١)، و«المهذب» (٣/ ٩٦)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٢٩٣)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٢).



قيل له: الأمرُ كذلك ولكن بينَهما فرقٌ، وهو أن الموجودَ قد خرَجَ[1] بوجودِهِ أن يكونَ مقدورًا، فلا يَجوزُ أن تُرِيدَه بالحَلِفِ، وما لم يُوجَد فهو معدومٌ، وهم لا يَحلِفُون بالمعدومِ، فعَلِمنا أنه حَلِفٌ بصفةٍ مِن صفاتِ اللَّهِ تعالى وهي القُدرةُ، وليس كذلك العِلمُ؛ لأنهم يَحلِفُون بالمعلومِ الموجودِ؛ لأن وجودَه لا يُخرِجُه مِن أن يكونَ معلومًا.

وجهُ القياسِ: أنه حَلِفٌ بصفةٍ مِن صفاتِ الذاتِ كالقُدرَةِ.

قيل له: إن حلَفَ بالعِلمِ الذي هو الصفةُ فهو حالِفٌ كالقُدرةِ؛ وإنما الخلافُ إذا أرسَلَ الكلامَ لم يكن هناك ما يدُلُّ على التخصيصِ بالصفةِ.

قال: وإن حلَفَ بصفةٍ من صفاتِ الفعلِ كغضبِ اللَّهِ وسخَطِه لم يكن حَالِفًا[2].

لأن هذه الصفاتِ غيرُه[3]، والحَلِفُ بغيرِ اللَّهِ تعالى لا يَصِحُّ، والذي يُعرَفُ[4] به[5] صفاتُ الفِعلِ مِن صفاتِ الذاتِ هو أن كلَّ ما وُصِف به اللَّهُ تعالى، ولم يَجُز أن يُوصَفَ بضدِّه فهو مِن صفاتِ ذاتِه؛ كالعِلمِ والقُدرةِ، وما جاز أن يُوصَفَ به

---

(١) في (ر، ض، ل): «يخرج».

(٢) قال في حاشية (ر): «وبهذا أطلق الحلف بهما لترددهما بين الصفة وغيرها، أما إذا أراد الصفة كان يمينًا، وكذلك إذا قال: ورحمة اللَّه. لا يكون يمينًا؛ لأن رحمة اللَّه يعبّر بها عن الجنة، قال اللَّه تعالى: ﴿فَفِي رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٧]. والجنة غير اللَّه، وقد يراد بالرحمة المطر أيضًا، فلا يكون يمينًا. مولوي».

(٣) قال في حاشية (ح): «قال ابن خوشتي: هذا غير مستقيم على مذهب أهل الحق؛ لأن صفات اللَّه تعالى كلها قديمة، لا هو ولا غيره».

(٤) في (أ، ع): «تعرف»، ورسمت بغير نقط في (ح، س، ض، ظ، ي).

(٥) ليس في (ح)، وفي (ش): «بها»، وفي (غ): «له».



وبغيرِه فهو مِن صفاتِ الفِعلِ؛ كرحمتِه وغضَبِه.

قال: ومَن حلَفَ بغيرِ اللَّهِ تعالى لم يَكُن حالِفًا؛ كالنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والقرآنِ، والكعبةِ[1].

وجملةُ ذلك أن الحَلِفَ بغيرِ اللهِ معصيةٌ لا يَجوزُ فِعلُها، وذلك لِما روَى [2]ابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[2]: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمِع عمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وهو يَسِيرُ في رَكبٍ، وهو يَحلِفُ بأبيه، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ اللَّهَ تعالى يَنهَاكُم أن تَحلِفُوا بِآبَائِكُم؛ فَمَن كَانَ حَالِفًا فَليَحلِف بِاللَّهِ أو لِيَصمُت»[3].

ورُوِي أنه قال: «مَن حَلَفَ بِغَيرِ اللَّهِ فَقَد أشرَكَ»[4]. ورُوِي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تَحلِفُوا بِآبَائِكُم، وَلا بِالطَّوَاغِيتِ»[5]. «وَلا بِحَدٍّ مِن حُدُودِ اللَّهِ تعالى»[6].

(١) بعده في (ش): «وطه». وقال في حاشيتها: «هذا إذا قال: والقرآن، والنبيّ. أما إذا قال: أنا بريء من النبيّ والقرآن إن فعلت. يكون يمينًا».

(٢-٢) ليس في (ر، س، ض، ل)، وفي (ظ): «عن عمر». (٣) تقدَّم قريبًا.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)، والترمذي (١٥٣٥) من حديث ابن عمر. قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(٥) أخرجه مسلم (١٦٤٨) من حديث عبد الرحمن بن سمرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦١): «الطواغيت: جمع طاغوت بالطاء المهملة، والغين المعجمة، والتاء المثناة، قبلها واو، وفي الجمع ياء آخر الحروف: وهو الشيطان، أو ما يزين لهم أن يعبدوه من الأصنام، ويقال للصنم: طاغوت. والطاغوت يكون واحدًا وجمعًا». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦٨).

تنبيه: جاء في نسخة «التقريب» بخط ابن قطلوبغا: «والثاء المثلثة». بدل: والتاء المثناة. ولعله سبق قلم، والله أعلم.

(٦) ينظر: «الأصل» للشيباني (٢/ ٢٨٠).



«وَلا تحلِفُوا إلا بِاللَّهِ»[1]. «وَمَن حُلِفَ لَهُ بِاللَّهِ فَليَرضَ، وَمَن لَم يَرضَ فَلَيسَ مِنَّا»[2].

ولأن القصدَ بالحَلِفِ تَعظِيمُ المحلوفِ به، وذلك لا يَستَحِقُّه إلا اللَّهُ تعالى، وإذا ثبَت أنه مَنهِيٌّ عن الحَلِفِ به لم يَلزَمهُ كفَّارةٌ لأنه ليس بيمينٍ.

قال: والحَلِفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ.

وإنما اعتبَرُوا حرفَ القَسَمِ لِيَتعلَّقَ الكلامُ بعضُه ببعضٍ.

قال: وحروفُ القَسَمِ؛ الواوُ كقولِه: واللَّهِ. والباءُ كقولِه: باللَّهِ. والتاءُ كقولِه: تاللَّهِ.

وقد دلَّ على انعقادِ الحَلِفِ بحرفِ الباءِ قولُه تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا۟﴾ [التوبة:٧٤]، وأما التاءُ فقولُه تعالى: ﴿تَٱللَّهِ لَقَدْ أَرْسَلْنَآ إِلَىٰٓ أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ﴾ [النحل:٦٣]. وأما الواوُ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَاللَّهِ لأغزُوَنَّ قُرَيشًا»[3].

وقد قيل: إن الأصلَ هو الباءُ لأنها تكونُ في اسمِ اللَّهِ تعالى وفي غيرِه، وتكونُ في المضمَرِ والمُظهَرِ، ثُم الواوُ هي أخصُّ مِن الباءِ؛ لأنها تكون في المظهَرِ دُونَ المضمَرِ، والتاءُ أخصُّ منهما؛ لأنها لا تُوجَدُ إلا في اسمِ اللَّهِ تعالى[4].

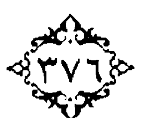
---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٤٨)، والنسائي (٣٧٦٩) من حديث أبي هريرة. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٤٥٥): «هذا الحديث صحيح».

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١٠١) من حديث ابن عمر. قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٤١٣): «رواه ابن ماجه بإسناد جيد قوي».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥، ٣٢٨٦) من طريق سماك عن عكرمة؛ مرسلًا. وأخرجه ابن حبان (٤٣٤٣)، والبيهقي (١٠/ ٤٧) من طريق سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس.

(٤) ينظر: «الأصول» لابن السراج (١/ ٤٤٠)، و«اللباب» لأبي البقاء العكبري (١/ ٣٧٥)، و«شرح =



قال: وقد تُضمَرُ الحروفُ فيكونُ حالِفًا كقولِه: آللَّهِ لا أفعَلُ كذا.

وقد دلَّ على ذلك ما رُوِي: أن رُكانةَ طلَّق امرأته البَتَّة، وقال له رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «آللَّهِ مَا أردتَ إلا وَاحِدَةً؟»[1]؛ ولأن العرَبَ قد تَحذِفُ بعضَ الكلمةِ على وجه التخفيفِ.

وأما إذا قال: للَّهِ[2] لا أفعَلُ كذا. فيَجِبُ أن يكونَ يَمِينًا؛ لأن اللامَ تقومُ مقامَ الباءِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿ءَامَنتُمْ لَهُۥ قَبْلَ أَنْ ءَاذَنَ لَكُمْ﴾ [طه:٧١]. وقال في آيةٍ أخرَى: ﴿ءَامَنتُم بِهِۦ قَبْلَ أَنْ ءَاذَنَ لَكُمْ﴾ [الأعراف:١٢٣].

وكذلك إذا قال: وايمُ اللَّهِ، وايمُنُ اللَّهِ. كان حالِفًا؛ لأن العرَبَ تَحلِفُ بذلك وتَجعَلُه يمينًا.

قال: وقال أبو حنيفةَ: إذا قال: وحَقِّ اللَّهِ فليس بِحالِفٍ.

وهذا الذي ذكَره قولُ محمدٍ أيضًا، وإحدى الروايتَينِ عن أبي يوسفَ، وقال أبو يوسفَ في الروايةِ الأخرى: هو يمينٌ[3]، وبه قال الشافعيُّ[4].

وجهُ قولِهم: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنه سُئِل عن حقِّ اللَّهِ تعالى

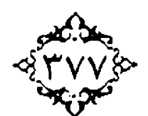
المفصل» لابن يعيش (٩/ ٩٩)، و«اللمحة» لابن الصائغ (١/ ٢٦٣).

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٠٦-٢٢٠٨)، والترمذي (١١٧٧)، وابن ماجه (٢٠٥١).

(٢) ليس في (أ٢)، وفي (ر، ع، غ، ي): «آللَّه»، وفي (ل): «واللَّه».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٩٣، ٣٩٤)، و«عيون المسائل» (ص١٦٩)، و«التجريد» (١٢/ ٦٤٠٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٧)، و«الهداية» (٢/ ٣١٨)، و«العناية» (٥/ ٧١).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ٦٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩٧)، و«الحاوي» (١٥/ ٢٧٤).



على عبادِه؟ فقال: «أن يَعبُدُوهُ وَلا يُشرِكُوا بِهِ شَيئًا»[1]. فصار كأنه حلَف بالعباداتِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن اللَّهَ تعالى يُوصَفُ بأنه الحقُّ، وإذا كان ذلك مِن صفاتِ ذاتِه صار كأنه قال: واللَّهِ الحقِّ.

قيل له: الحقُّ اسمٌ مِن أسمائِه تعالى، فلو أراد الحالِفُ ذلك لقال: والحقِّ. فلما قال: وحقِّ اللَّهِ. فقد ذكَر حقًّا مُضافًا إليه فلا يكونُ حَلِفًا، وإذا قال: وعَمْرِ اللَّهِ. كان حالِفًا، وقال الشافعيُّ: لا يكونُ حالِفًا[2].

لنا: أنه مِن ألفاظِ القَسَمِ بدليلِ قوله تعالى: ﴿ لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾ [الحجر:٧٢]. ولأن العَمْرَ هو البقاءُ، فكأنه قال: وبقاءِ اللَّهِ، وذلك صفةٌ مِن صفاتِ ذاتِه، فيكونُ يمينًا.

فإن قيل: إن اللَّهَ يُقسِمُ بما ليس بقَسَمٍ مِنَّا كقَسَمِه بخَلقِه.

قيل له: إذا ثبَت أنه مِن ألفاظِ القَسَمِ ثبَت أنه يَمينٌ؛ لأنه أقسَم بصفةٍ مِن صفاتِ ذاتِه، ولا احتمالَ في اللفظِ حتى تُعتبَرَ فيه النيةُ، كما يَعتَبِرُ الشافعيُّ فيه النيةَ.

قال: وإذا قال: أُقسِمُ، أو أُقسِمُ باللَّهِ، أو أحلِفُ، أو أحلِفُ باللَّهِ، أو أشهَدُ، أو أشهَدُ باللَّهِ، فهو حالِفٌ.

وقال زفرُ: لا يكونُ حالِفًا إلا بذِكرِ اللَّهِ تعالى[3]، وبه قال الشافعيُّ[4].

---

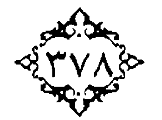
(١) أخرجه البخاري (٢٨٥٦، ٥٩٦٧، ٦٢٦٧، ٦٥٠٠، ٧٣٧٣)، ومسلم (٣٠) من حديث معاذ.

(٢) عند الشافعي إن قصد بها اليمن فهي يمين وإلا فلا.

ينظر: «الأم» (٧/ ٦٥)، و«الحاوي» (١٥/ ٢٧٣)، و«المهذب» (٣/ ٩٨).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٢٣)، و«البناية» (٦/ ١٢٧).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٧١)، و«التهذيب» (٨/ ١٠٠)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٥).



وجهُ قولِ أصحابِنا: قولُه تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ﴾ [المجادلة:١٨]. وقال تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴿١٨﴾﴾ [القلم: ١٧، ١٨]. فلم يَقُل: باللَّهِ. والاستثناءُ إنما يدخُلُ في اليمينِ، وقال تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون:١]. ثم قال: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون:٢]. ولأن العربَ تَحذِفُ بعضَ الكلامِ على وجهِ التخفيفِ فيكون ذلك كالمعلومِ؛ لأن الحَلِفَ لا يكونُ إلا باللَّهِ تعالى، والذي يؤكِّدُ ذلك: أن عبدَ اللَّهِ بنَ صفوانٍ جاء إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثانيًا لِيُبايِعَه على الهجرةِ، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا هِجرَةَ بَعدَ الفَتحِ». فقال العباسُ: أقسمتُ باللَّهِ لَتُبايِعَنَّه يا رسولَ اللَّهِ. فمدَّ رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يدَه وبايَعه، وقال: «أبرَرتُ قَسَمَ عمِّي، ولا هِجرَةَ بعدَ الفَتحِ»[1].

وجهُ قولِ زفرَ: أنه يَحتَمِلُ أنه أراد الحَلِفَ باللَّهِ ويَحتَمِلُ غيرَه، فلا يَجوزُ إثباتُ اليمينِ بالشكِّ.

فإن قيل: لفظٌ عَرِي عن اسمِ اللَّهِ تعالى وصفتِه فوجَب أن لا يكونَ يَمينًا تتعلَّق به الكفارةُ، وأصلُه إذا قال: أولَى لأفعَلَنَّ كذا.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أنه عَرِي عن اسمِ اللَّهِ تعالى إذا كان محذُوفًا، وإن أراد أنه لم يتلفَّظ به فلا يَصِحُّ لأن ما دلَّ عليه الكلامُ مِن الحذفِ فحكمُه حكمُ المذكورِ لا يَختَلِفانِ في المعنَى.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١١٦) من طريق يزيد بن أبي زياد، عن مجاهد، عن عبد الرحمن بن صفوان، أو عن صفوان بن عبد الرحمن. قال البخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ٢٤٧): «لا يصح».



وأما (أولى) فهو يمين عندنا، والعرب تذكر ذلك حلفًا.

وقد قال أصحابُنا أيضًا: إن قصَد بهذه الألفاظِ غيرَ اليمينِ لم يكن يَمِينًا.

قال: وكذلك قولُه: وعهدِ اللَّهِ، وميثاقِه.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾[النحل:٩١]. فجعَل العهدَ يميناً، والميثاقُ في معناه، ورُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: أنه كان إذا بعَث جيشًا قال في وصيَّتِه: «وَإِن أرادُوا أن تُعطُوهُم ذِمَّةَ اللَّهِ وذِمَّةَ رسولِه فلا تَفعَلُوا»[1]. وهذا يدُلُّ على أن الذِّمَّةَ يمينٌ.

قال: وعليَّ نَذرٌ، ونذرُ اللَّهِ، فهو يَمِينٌ.

يَعنِي: أنه يكونُ يَميناً، وذلك لقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «مَن نذَر نذرًا سَمَّاه فَعَلَيهِ الوَفاءُ بِهِ، ومَن نذَرَ نَذرًا لَم يُسَمِّهِ فَعلَيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»[2]. وقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «النَّذرُ يَمِينٌ، وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»[3].

قال: وإن قال: إن فعَلتُ كذا فأنا يَهُودِيٌّ، أو نَصرانِيٌّ، أو كافِرٌ.

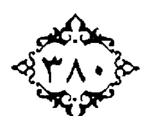
يَعنِي: أنه يَمِينٌ، وعلى هذا إذا قال: أنا بَرِيءٌ مِن الإسلامِ إن فعلتُ كذا. فهو يَمِينٌ.

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٣١) من حديث بريدة.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٨) من حديث ابن عباس؛ بنحوه. وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣٢٦)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٩٥-٢٩٦).

(٣) أخرجه أحمد (١٧٣٤٠)، وأبو يعلى (١٧٤٤) من طريق ابن لهيعة، عن كعب بن علقمة، عن عبد الرحمن بن شماسة، عن أبي الخير، عن عقبة بن عامر. وهو عند مسلم (١٦٤٥) من طريق عمرو بن الحارث، عن كعب بن علقمة، به؛ بلفظ: «كفارة النذر كفارة اليمين».



وقال الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: إنه إذا قال: أنا بَرِيءٌ مِن كلِّ آيةٍ في المصحفِ إن فعلتُ كذا. ففَعَله فعليه كفارةُ يَمِينٍ[1].

وقال أبو الحسنِ: كلُّ ما يكونُ اعتقادُه كفرًا، أو استحلالُه مِمَّا لا يَجوزُ أن تُحِلَّه الشريعةُ، فعليه الكفارةُ إذا حَنِث به[2]، وكذلك إذا قال: أنا أعبُدُكَ مِن دُونِ اللَّهِ، أو أعبُدُ الصنَمَ[3].

وهذا كلُّه استِحسانٌ، والقياسُ: أن لا يكونَ حالِفًا، وبه قال الشافعيُّ[4].

وجهُ القياسِ: أنه حلَف بمعصيةٍ، فصار كقولِه: إن فعلتُ كذا فأنا شارِبُ خمرٍ، أو آكِلُ مَيتةٍ.

وجهُ الاستحسانِ: ما روَى خارجةُ بنُ زيدٍ، عن أبيه، عن جدِّه: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن رجلٍ قال: هو يهودِيٌّ، أو نَصرانِيٌّ، أو بَرِيءٌ مِن الإسلامِ، حلَف ثُم حَنِث؟ قال: «كَفَّارَةُ يَمِينٍ»[5].

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٢٠٧)، و«لسان الحكام» (١/ ٣٤٧) وفيهما بدون ذكر الحسن، عن أبي حنيفة.

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٨)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٥١).

(٣) ينظر: «النهر الفائق» (٣/ ٥٤).

(٤) ينظر: «المهذب» (٣/ ٩٥)، و«التهذيب» (٨/ ١٠١)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٧).

(٥) أخرجه البيهقي (١٠/ ٣٠) من طريق سليمان بن أبي داود، عن أبيه، عن الزهري، عن خارجة ابن زيد بن ثابت، عن أبيه قال: «سُئل رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الرجل يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو بريء من الإسلام في اليمين يحلف عليه فيحنث؟ قال: «كفارة يمين». قال البيهقي: «لا أصل له من حديث الزهري ولا غيره، تفرَّد به سليمان بن أبي داود الحراني، وهو منكر الحديث، ضعَّفه الأئمة وتركوه».



وعن ابنِ عباسٍ، وابنِ عمرَ: «فِيمَن حلَفَ باليهوديةِ أنها يَمِينٌ تُكَفَّرُ»[1]، ولأن[2] الكفرَ لا تَجوزُ استباحتُه على التأبيدِ لحقِّ اللَّهِ تعالى فصار كحُرمةِ اسمِه، فجاز وجوبُ الكفارةِ بهتكِ تلك الحُرمةِ، وليس كذلك شربُ الخمرِ وأكلُ الميتةِ؛ لأنه ليس بمحرَّمٍ على التأبيدِ؛ ألا تَرى أنه يَجوزُ أن يُباحَ بالشرعِ، وقد أُبيح ذلك أيضًا حالَ الضرورةِ.

قال: فإن قال: فعَلَيهِ غضَبُ اللَّهِ، أو سخَطُه، أو هو زانٍ، أو شاربُ خمرٍ، أو آكِلُ رِبًا، فليسَ بحالِفٍ.

وذلك لأن السخَطَ والغضَبَ هو العذابُ، فكأنه قال: عليه عذابُ اللَّهِ. فلا يكونُ حالِفًا.

قال: وكفارةُ اليمينِ عِتقُ رقبةٍ يُجزِئُ فيها ما يُجزِئُ في الظِّهارِ.

وذلك لأن اللَّهَ تعالى أوجَب تحريرَ رقبةٍ مطلَقةٍ في الموضِعَينِ، فما جاز في أحدِهما جاز في الآخرِ، وقد بيَّنَّا ذلك في الظِّهارِ.

قال: وإن شاء كسا عشَرَةَ مساكِينَ؛ كلَّ واحدٍ ثوبًا فما زادَ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾[المائدة:٨٩]. فأوجَب الكسوةَ، فما يَتناوَلُه[3] الاسمُ وجَب أن يُجزِئَ، والقميصُ والمِلحفةُ والجُبَّةُ والقَباءُ[4] يُقالُ لِلابِسِها

---

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٥٩٧٤).

(٢) في (ح، غ، ي): «أن».

(٣) في (أ، ح، ل، ي): «تناوله».

(٤) الملحفة: الملاءة، وهي ما تلتحف به المرأة. والجبة معروفة، وهي: ثوبان يخاطان، ويحشى =



مُكتسٍ فتُجزِئُ، فأما القَلَنسُوةُ والخُفُّ فلا يُسمَّى لابِسُها مُكتَسِيًا فلا تُجزِئُ.

قال: وأدناهُ ما يُجزِئُ فيه الصلاةُ.

وهذا الاعتبارُ الذي ذكَره هو قولُ محمدٍ، وعلى قولِ أصحابِنا: الاعتبارُ بما يُسمَّى به مُكتَسِيًا، واختلَفوا في السراويلِ؛ والصحيحُ عنهم أنه لا يُجزِئُ؛ لأن لابِسَه يُقالُ: إنه عُريانٌ، فلم يَتناوَلْه الاسمُ.

وعن محمدٍ: أنه يَجوزُ(١)، وهو قولُ الشافعيِّ(٢)؛ لأن الصلاةَ تُجزِئُ فيه كالقميصِ.

وأما العِمامةُ فإن كانت تَكفِي لقميصٍ جازَت في الكسوةِ، وإن كانت صغيرةً لم تَجُز.

قال: وإن شاء أطعَم عشَرةَ مساكينَ كالإطعامِ في كفارةِ الظِّهارِ.

أما طعامُ عشرةِ مساكينَ فقد دلَّ عليه قولُه تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، ويُجزِئُ فيه التمليكُ والتمكينُ، وقد بيَّنّاهُ في كفارةِ الظِّهارِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا أطعَم خمسةً، وكسا خمسةً فالمشهورُ عنهم أنه يُجزِئُ أحدُهما عن الآخَرِ بالقيمةِ(٣).

بينهما قطن، تتخذ للبرد.

والقباء ممدود معروف، وهو قميص مقدمه مفرّج يشد بأزرار، يقال: إن أول من لبسه سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ. ينظر: «المغرب» (١/ ٤٢٢)، و«النظم المستعذب» (١/ ١٠٨، ١٩٢).

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢٠)، و«العناية» (٥/ ٨٢).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٣٢٠)، و«المهذب» (٣/ ١١٦)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٣١٤).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٨/ ١٤٤)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٠٥)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٩٥).



وعن أبي يوسفَ: إن نوَى عندَ الإخراجِ جاز، وإن لم يَنوِ لم يَجُز[1].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ حتى يُكمِلَ أحدَ الصِّنفَينِ[2].

وجهُ قولِهم: أن أحدَ الجنسَينِ لا يُجزِئُ عن الآخَرِ إلا بالقيمةِ، فوجَب أن يُحمَلَ إخراجُه على الوجهِ الجائزِ لِئلا يؤدِّيَ إلى إسقاطِه؛ ولأن القيمةَ عندَنا بمنزلةِ المنصوصِ عليه، فلا يَحتاجُ إلى أكثرَ مِن نِيَّةِ الكفارةِ، وقد وُجِد ذلك.

ولا يُشبِهُ هذا إذا أخرَج مِن الطعامِ الجيدِ عن الوسَطِ أقلَّ منه؛ لأن الجودةَ لا قيمةَ لها عندَ مُلاقاةِ جنسِها، فكأنه أخرَج الواجِبَ.

ولا يُشبِهُ هذا إذا أخرَج مِن الفطرةِ حنطةً وشعيرًا؛ لأن مِن أصحابِنا مَن يُوجِبُ ذلك بالقيمةِ، ومنهم مَن منَع ذلك؛ لأن الجميعَ منصوصٌ عليه لغَرَضٍ واحدٍ، فصار بمنزلةِ النوعِ الواحدِ فلا يُجزِئُ بعضُه عن بعضٍ بالقيمةِ، وفي مسألتِنا الإطعامُ والكسوةُ الغرَضُ مِن كلِّ واحدٍ منهما غيرُ الغَرَضِ مِن الآخَرِ؛ ألا ترى أن أحدَهما يُرادُ لسدِّ الخَلَّةِ، والآخَرَ لسترِ العورةِ، فجاز أحدُهما عن الآخَرِ بالقيمةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن كلَّ واحدٍ منهما يُجزِئُ عن نفسِه ويُجزِئ عن القيمةِ فصار كالدُّيونِ المختَلِفةِ والكفاراتِ المختلِفةِ.

وأما خلافُ الشافعي فهو مَبنِيٌّ على جوازِ إخراجِ القيمةِ في الزكاةِ، وقد مضَى.

قال: فإن لم يَقدِر على أحدِ الثلاثةِ الأشياءِ صامَ ثلاثةَ أيامٍ مُتتابِعاتٍ.

---

(1) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٤٣٤).

(2) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٩٩)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٠٦).



وذلك لأن اللَّهَ تعالى جمَع في كفارةِ اليمينِ بين التخييرِ والترتيبِ، وهو قولُه تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍۚ﴾ [المائدة:٨٩]. فخيَّر بينَ الأشياءِ الثلاثةِ، ثُم أوجَب الصومَ عندَ العجزِ عن واحدٍ منها.

وقد قال أصحابُنا: صومُ كفارةِ اليمينِ مُتتابِعٌ[1]. وقال الشافعيُّ: هو فيه بالخيارِ[2].

لنا: قولُه تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍۚ﴾. وإطلاقُ الأمرِ يقتَضِي الفورَ وهو التتابعُ، وقد رُوِي في قراءةِ ابنِ مسعودٍ، وأبيِّ بنِ كعبٍ: (فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ)[3]. ونسخُ التلاوةِ لا يُوجِبُ نسخَ الحكمِ، ولأنه صومٌ هو بدَلٌ في الكفارةِ فكان مُتتابِعًا كصومِ الظِّهارِ.

فإن قيل: صومٌ نزَل به القرآنُ مطلقًا فلم يَجِب فيه التتابعُ، أصلُه قضاءُ رمضانَ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن القرآنَ نزَل به مطلقًا، والمعنى في قضاءِ رمضانَ أنه لم يثبُت بدَلًا في كفارةٍ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٣/ ١٢١)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٧٦)، و«درر الحكام» (٢/ ٤٣)، و«البحر الرائق» (٢/ ٢٩٨).

(٢) في المسألة قولان للشافعي، والمعتمد عدم وجوب التتابع. ينظر: «الأم» (٧/ ٦٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٠١)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٢٩)، و«المهذب» (٣/ ١١٦)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢١).

(٣) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٦١٠٢- ١٦١٠٤)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٢٥٠٣، ١٢٥٠٤)، و«الأوسط» (٨٩٨٧، ٨٩٨٨)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (١٠/ ٦٠)، و«تفسير البغوي» (٣/ ٩٣)، و«تفسير القرطبي» (٦/ ٢٨٣)، و«البحر المحيط» لأبي حيان (٤/ ١٢).



قال: وإن قدَّم الكفارةَ على الحنثِ لم يُجزِئه[1].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ تقديمُ الكفارةِ إلا في الصومِ، وإذا كانتِ اليمينُ على معصيةٍ ففي تقديمِ الكفارةِ وجهانِ[2].

لنا: أن الكفارةَ موضوعُها التغطيةُ، ولم يُوجَد باليمينِ معنًى يَحتاجُ إلى تغطيةٍ تَخُصُّ اليمينَ، فلم يكن التعجيلُ كفارةً ولا يَنوبُ عن الكفارةِ، ولا يَلزَمُ الخاطِئَ؛ لأنا قُلنا: موضوعُها التغطيةُ، ويَجوزُ أن يَتبَعَ ذلك ما ليس منه؛ لأنه أحدُ نَوعَيِ التكفيرِ، فلا يَجوزُ تقديمُه على الحنثِ كالصومِ.

ولأن اليمينَ ليست سببًا في الكفارةِ، وإن كانت شرطًا؛ لأن السببَ ما يُتوصَّلُ به إلى الشيءِ، واليمينُ يُعقَدُ للبِرِّ لا للحنثِ، فلا يَجوزُ أن يكون سببًا، ولأنها لو كانت سببًا جاز اجتماعُها مع المسبَّبِ كالنِّصابِ مع الحَولِ، فلمَّا لم يَجتَمِعِ اليمينُ والحنثُ دلَّ أنها ليست فيما يَجِبُ بالحنثِ.

ولأن الكفارةَ بعدَ اليمينِ تَقِفُ على فِعلٍ يُحدِثُه (3الحالِفُ فيما تقدَّم لأن يكونَ سببًا فيها، كالإحرامِ لمَّا وقَف وجوبُ الكفارةِ بعدَه على فِعلٍ يُحدِثُه3) المُحرِمُ لم يكن الإحرامُ سببًا في الكفارةِ، وكذلك الصومُ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأى غَيرَهَا خَيرًا مِنهَا، فَليُكَفِّر عَن يَمِينِهِ، وَليَأتِ الذِي هُوَ خَيرٌ»[4].

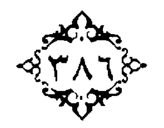
---

(١) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣١٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٣٧٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٣٩٨).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٦٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩٨)، و«الحاوي» (١٥/ ٢٩٠)، و«المهذب» (٣/ ١١٦).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ج).

(٤) تقدَّم تخريجه.



قيل له: أصلُ الخبَرِ: «فليأتِ الذي هو خيرٌ، وليُكَفِّر عن يمينِه». ولو ثبَت ما قالُوه، كان المراد به التقديمَ؛ لأنه معلومٌ أن الكفارةَ لا تَجِبُ إلا بالحنثِ وهو كقولِه في المُحرِمِ: «إذَا لَم يَجِدِ النَّعلَينِ فَليَلبَسِ الخُفَّينِ، وَليَقطَعهما أسفَلَ مِنَ الكَعبَينِ»[1]، والقَطعُ مقدَّمٌ في المعنى وإن أخَّره.

فإن قيل: كفارةٌ بالعِتقِ فجاز تقديمُها على حالِ وجوبِها ككفارةِ القتلِ.

قيل له: هذا يَبطُلُ بكفارةِ الفِطرِ فإنها بِعِتقٍ ولا تُقدَّمُ على وجوبِها، والمعنى في كفارةِ القتلِ أنها تتعلَّقُ بالجَرحِ بشرطِ الموتِ؛ لأن الجرحَ فِعلُه والموتَ ليس مِن فِعلِه، فإذا وُجِد الجرحُ فقد وُجِد ما يتعلَّقُ الوجوبُ به، وفي مسألتِنا الكفارةُ لا تَجِبُ باليمينِ بدليلِ أنه إذا برَّ فيها لم تَجِب، وإنما تَجِبُ بالحنثِ ولم يُوجَد.

قال: ومَن حلَف على معصيةٍ مِثلُ أن لا يُصلِّيَ أو لا يُكلِّمَ أباه، أو لَيَقتُلَنَّ فلانًا فينبَغِي أن يحنَثَ، ويكفِّرَ عن يمينِه.

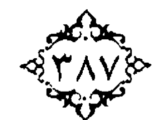
لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن حَلَفَ أن يَعصِيَ اللَّهَ فَلا يَعصِه». وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرأى غَيرَهَا خيرًا مِنهَا، فَليَأتِ الذِي هُوَ خَيرٌ، وَليُكَفِّر عَن يَمِينِه»[2].

قال: وإن حلَف الكافِرُ، ثُم حَنِث في حالِ الكفرِ أو بعدَ إسلامِه فلا حِنثَ عليه[3].

(١) أخرجه البخاري (١٣٤، ٣٦٦، ١٨٣٨، ١٨٤٢)، ومسلم (١١٧٧) من حديث ابن عمر.

(٢) تقدَّم تخريجهما.

(٣) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٤١٩-٦٤٢١)، و«المبسوط» (٨/ ١٤٦)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١١).



وقال الشافعيُّ: تنعقِدُ يَمِينُه، فإن حَنِث حالَ كفره كفَّر بالعِتقِ والكِسوةِ والإطعامِ دُونَ الصيامِ، وإن حَنِث بعدَ إسلامِه كفَّر بالصومِ إذا لم يَجِدِ المالَ[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ إِنَّهُمۡ لَآ أَيۡمَٰنَ لَهُمۡ﴾[التوبة: ١٢].

ولِما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ أراد أن يتزوَّجَ امرأةَ زيدِ بنِ حارثةَ، فقالت: إني عاهَدتُ زوجي إن مات قَبلِي أن لا أتزوَّجَ أبدًا، وعاهَدَنِي كذلك. فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «إن كَانَ ذَلِكَ فِي الجاهِلِيَّةِ فَارفُضِيهِ عَنكِ، وإن كان فِي حَالِ الإسلامِ فَفِي بِعَهدِكِ»[2]. ولأنه لا يَصِحُّ منه التكفيرُ بالصومِ بحالٍ، فلا تَنعقِدُ يمينُه كالصبيِّ والمجنونِ.

فإن قيل: رُوِي أن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ قال للنبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: إنِّي كُنتُ نَذَرتُ فِي الجَاهِلِيَّةِ أن أعتكِفَ ليلةً؟ فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «أوفِ بِنَذرِكَ»[3].

قيل له: هذا على وجهِ الاستِحسانِ، وقد رُوِي: أن قيسَ بنَ عاصمٍ قال للنبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: إني نذَرتُ نذرًا في الجاهليةِ؟ فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «الإسلامُ يَجُبُّ مَا قَبلَهُ»[4].

فإن قيل: مَن حلَفَ في الدعاوى باللَّهِ تعالى وجَب أن يَصِحَّ يمينُه في غيرِها، أصلُه المسلِمُ.

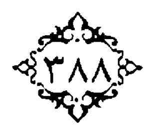
---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٢٦٩)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٣٠٣)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣٧٤).

(٢) ذكره في «التجريد» (١٢/ ٦٤١٩) من طريق سماك، عن زيد بن حارثة. وينظر: «أخبار النساء» لابن الجوزي (ص ١٤٠).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٣٢، ٢٠٤٢، ٦٦٩٧)، ومسلم (١٦٥٦).

(٤) غريب من حديث قيس بن عاصم، وهو عند مسلم (١٢١) من حيث عمرو بن العاص.



قيل له: اليمينُ في الحقوقِ تَقَعُ على الماضِي وذلك غير مُنعَقِدٍ، والخلافُ في انعقـادِ يمينِـه، فلا يَجوزُ أن يُستدَلَّ على انعقادِه باستِحلافِه يَمِينًا لا يَنعَقِدُ، ولأن الكافِرَ يستعظِمُ اليمينَ، والغَرَضُ مِن اليمينِ ذلك، حتى لا يُقدِمَ على الحَلِف كاذِبًا فقد حصَل الغَرَضُ إذًا، والحاكِمُ يَضطَرُّ إلى ذلك في الدعاوَى؛ إذ لا سبيل له إلى قطعِ الخصومةِ إلا بها، ولا ضرورةَ بِنا إلى انعقادِ يمينِه وتكفيرِه.

قال: ومَن حرَّم على نفسِه شيئًا مِمَّا يَملِكُه لم يَصِر مُحَرَّمًا، وعليه إنِ استباحه كفارةُ يمينٍ، فإن قال: كلُّ حلالٍ عليَّ حرامٌ. فهو على الطعامِ والشرابِ إلا أن يَنوِيَ غيرَ ذلك.

وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك في كتابِ الظِّهارِ.

قال: ومَن نذَر نذرًا مُطلقًا فعليه الوفاءُ به.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن نَذَرَ نذرًا وسمَّاه فعَلَيهِ الوَفَاءُ بِهِ، ومَن نذَر نذرًا ولَم يُسَمِّهِ فعَلَيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»(١).

قال: وإن علَّق نذرَه بشرطٍ فوُجِد الشرطُ فعليه الوفاءُ بنفسِ النذرِ، ورُوِي أن أبا حنيفةَ رجَع عن ذلك، وقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فللَّهِ عليَّ حجةٌ، أو صومُ سنةٍ، أو صدقةُ ما أملِكُ. أجزَأه مِن ذلك كفارةُ يَمِينٍ، وهو قولُ محمدٍ(٢).

وقال الشافعيُّ: هو بالخيارِ بينَ الوفاءِ به وبينَ كفَّارةِ يمينٍ(٣).

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢١)، و«العناية» (٥/ ٩٢)، و«البناية» (٦/ ١٤٣).

(٣) ينظر: «المهذب» (١/ ٤٤٢)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٤١١)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٩٤).



وجهُ قولِهم المشهورُ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن نَذرَ نَذرًا سَمَّاهُ فَعَلَيهِ الوَفَاءُ بِهِ». ولم يُفَصِّل؛ ولأنه لو أطلَقه لَزِمه الوفاءُ به، فكذلك إذا علَّقه بشرطٍ كالعِتقِ، ولأن ما يقولُه الشافعيُّ يؤدِّي إلى التخييرِ بينَ القليلِ والكثيرِ، يُبَيِّنُ ذلك أنه لو قال: إن كلمتُكَ فللَّهِ عليَّ إطعامُ مسكينٍ. فكلَّمه خُيِّر بينَ إطعامِ واحدٍ أو عشرةٍ، وهذا مُحالٌ.

فإن قيل: رُوِي عن ابنِ عباسٍ، وابنِ الزبيرِ، وعبدِ اللَّهِ بنِ عمرَ: «أنه يُجزِئُ فيه كفارةُ يمينٍ»[1]، ولا يُعرَفُ لهم مُخالِفٌ.

قيل له: رُوِي عن أنسٍ مثلُ قولِنا؛ ولأنه نُقِل عن بعضِهم الكفارةُ، وعن بعضِهم الوفاءُ به، ولم يُنقَل عن واحدٍ منهم التخييرُ، فالقولُ به خلافُ الإجماعِ.

فإن قيل: المقصودُ منه الامتناعُ دُونَ الإيجابِ؛ ألا تَرى أنه لو أراد الإيجابَ لأطلَق، فصار في معنى اليمينِ.

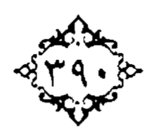
قيل له: ما تعلَّق بالشرطِ لا يفترِقُ فيه الشروطُ، ولو قال: إن قَدِم فلانٌ. وعلَّق به النذرَ لم يكن في معنى اليمينِ كذلك ما ذكَرُوه.

قال: ومَن حلَف لا يدخُلُ بيتًا فدخَل الكعبةَ، أو المسجدَ، أو البِيعةَ، أو الكَنِيسةَ لم يَحنَث.

وذلك لأن هذه المواضعَ لا تُسمَّى بُيُوتًا في العادةِ، والمعتبَرُ في الأيمانِ الاسمُ المعتادُ.

---

(١) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٢٢٨٢، ١٢٢٨٦، ١٢٢٨٧، ١٢٣٠٠، ١٢٣٠٣، ١٢٣٠٤، ١٢٣٠٦، ١٢٣١٠، ١٢٣١٣).



فإن قيل: إن اللَّهَ تعالى سمَّاها بيوتًا في قولِه تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦].

قيل: المعتبَرُ في الأيمانِ الاسمُ المعتادُ دُونَ ما ورَد به القرآنُ.

قال: ومَن حلَف لا يتكلَّمُ، فقَرأ في الصلاةِ لَم يَحنَث.

وهذا الذي ذكَره استِحسانٌ، والقياسُ أن يَحنَثَ.

وجهُ القياسِ: أن التكبيرَ والقراءةَ كلامٌ فصار كغيرِه.

وجهُ الاستحسانِ: أن ذلك غيرُ مُرادٍ ولا مقصودٍ في اليمينِ في العادةِ؛ ألا تَرى أنهم يقولون: فلانٌ لم يتكلَّم في صلاتِه. وإن كان قد قرَأ فيها، فأما إذا قرأ القرآنَ في غيرِ الصلاةِ فإنه يَحنَث.

وقال الشافعيُّ: لا يَحنَثُ، والتزَم بعضُ أصحابه أنه إذا سبَّح أو كبَّر لا يَحنَثُ[1].

لنا: أن الكلامَ عبارةٌ عن حروفٍ منظومةٍ وأصواتٍ مقطَّعةٍ فيَجِبُ أن يَحنَثَ إذا أتَى بذلك، إلا ما يَستَثنيه مِن يمينِه بلفظٍ أو عبارةٍ.

فإن قيل: ما ليس بكلامٍ في حقِّ الحالِفِ في الصلاة كذلك في غيرِ الصلاة، أصلُه الإشارةُ.

قيل له: هو كلامٌ في الصلاةِ إلا أنه مُستَثنًى مِن يمينِه بالعادةِ؛ ألا تَرى أن الإنسانَ لا يَحلِفُ على تركِ الكلامِ ليدَعَ الصلاةَ، فصار ما أتَى به في صلاتِه مِن الأذكارِ، كان خارجًا عن يمينِه بالعُرفِ، فهو كالخارجِ في الاستثناءِ.

(١) ينظر: «نهاية المطلب» (١٨/ ٤٠٠)، و«كفاية النبيه» (١٤/ ٤٧٤)، و«التهذيب» (٨/ ١٤١).



قال: ومَن حلَف لا يَلبَسُ ثوبًا وهو لابِسُه فنزَعه في الحالِ لم يَحنَث، وكذلك إذا حلَف لا يَركَبُ هذه الدابَّةَ وهو راكِبُها فنزَل لم يَحنَث؛ وإن لَبِث ساعةً حَنِث.

وهذا الذي ذكَره قولُ أصحابِنا، وقال زفرُ: يَحنَثُ بكلِّ حالٍ[1].

وجهُ قولِهم: أن اليمينَ يُعقَدُ[2] على ما يُمكِنُ الاحترازُ منه دُون ما لا يُمكِنُ الاحترازُ منه؛ ألا ترى أن الإنسانَ يَحلِفُ لِيَبَرَّ لا لِيَحنَثَ، ومعلومٌ أن ما بينَ الحَلِفِ والنزولِ لا يُمكِنُ الاحترازُ منه، فتناولَت اليمينُ سواه.

وجهُ قولِ زفرَ: أنه قد وُجِد عَقِيبَ اليمينِ جزءٌ مِن الركوبِ واللُّبسِ، فصار كما لو لَبِث بعدَ اليمينِ.

قال: وإن حلَف لا يدخُلُ هذه الدارَ وهو فيها لم يَحنَث بالقُعُودِ حتى يَخرُجَ، ثُم يدخُلَ.

وقال الشافعيُّ في بعضِ كتبِه: يَحنَثُ، والتَزم بعضُ أصحابِه: إذا قال لا أخرُجُ وهو خارِجٌ أنه يَحنَثُ[3].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢٢)، و«العناية» (٥/ ١٠٤)، و«البناية» (٦/ ١٥٢).

(٢) في (أ٢، ر، ض، ي): «ينعقد».

(٣) فيها قولان عند الشافعية:

الأول: أنه يحنث؛ لأن استدامة الدخول كالابتداء في التحريم في ملك الغير، فكذلك في الحنث في اليمين كاللبس والركوب.

والثاني: لا يحنث، وهو الصحيح؛ لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة، ولهذا نقول: دخلتُ الدار مِن شهر. ولا نقول: دخلتُها شهرًا. فلم يحنث بالاستدامة. =



لنا: أن الدخولَ هو الانفصالُ مِن خارجِ الدارِ إلى داخِلِها، والخروجُ انفصالٌ منها إلى خارجِها، والبقاءُ على كلِّ واحدٍ منهما لا يَتناوَلُه الاسمُ فلا يَقَعُ به الحنثُ؛ ولأن الدخولَ لا يُوصَفُ بالامتدادِ في الوقتِ؛ لأنه لا يُقالُ: دخلتُ الدارَ يومًا، ولو كان البقاءُ يُسمَّى باسمِ الابتداءِ لوُصِف بالامتدادِ في الوقتِ كالركوبِ واللُّبسِ.

فإن قيل: ابتداءُ الدخولِ والاستدامةُ في التحريمِ سواءٌ فوجَب أن يكونا في الحنثِ سواءً كالرُّكوبِ.

قيل له: الدارُ إذا حرُم دخولُها لم يختَصَّ البقاءُ بتحريمِ الدخولِ، لكن الدليلُ اقتَضَى تحريمَ الكَونِ فيها، فاستَوى في ذلك الأحوالُ كلها.

قال: ولو حلَف لا يدخُلُ دارًا فدخَل دارًا خرابًا لم يَحنَث، ومَن حلَف أن لا يدخُلَ هذه الدارَ فدخَلها بعدَ ما انهدمَت وصارت صحراءَ حَنِث.

وقال الشافعي: لا يَحنَثُ في الوجهَينِ[1].

لنا: أن اليمينَ إذا انعقدت على عينٍ مُسمَّاةٍ تَبقَى ببقاءِ الاسمِ، بدليلِ أن مَن حلَف لا يدخُلُ هذه الدارَ فانهَدَم بعضُ بنائِها وتغيَّرت عِمارتُها حَنِث، وكذلك لو حلَف لا يأكُلُ هذا الطعامَ ففسَد، ثُم أكَله حَنِث، ولو حلَف لا يَلبَسُ هذا الرداءَ فاتَّزر به حَنِث، والدارُ تُسمَّى دارًا بعدَ البناءِ؛ لأنها اسمٌ لِما أحاطَت به الدائرةُ، والعَرَبُ تُسمِّي الأرضَ دارًا عندَ نزولِها، وتُسمِّيها دارًا بعدَ رفعِ البيوتِ

ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٣٥٠)، و«المهذب» (٣/ ١٠٠)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٦١).

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ٧٧)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٥٦)، و«المهذب» (٣/ ١٠١)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٥١).



منها، وهذا استعمالٌ ظاهِرٌ بينهم فهو في حكمِ الحقيقةِ، وإذا سُمِّيت دارًا بَقِيتِ اليمينُ ببقاءِ الاسمِ.

ولا يَلزَمُ إذا حلَف لا يدخُلُ دارًا فدخَل دارًا مهدومةً أنه لا يَحنَثُ؛ لأن اليمينَ المطلَقةَ تُحمَلُ على العادةِ، والدُّورُ المعتادُ دخولُها هي المبنِيَّةُ، ولا يَلزَمُ مَن حلَف لا يُكلِّمُ هذا الشابَّ فكلَّمه وقد صار شيخًا؛ لأنا قُلنا: إن اليمينَ تَبقَى ببقاءِ الاسمِ، ولم يُتعرَّض لها إذا زال الاسمُ، وهاهنا قد بَقِيت مع زوالِ الاسمِ فلا يَلزَمُ.

فإن قيل: ما لا يدخُلُ في اليمينِ مع الإطلاقِ وجَب أن يَخرُجَ منه مع التعيينِ، أصلُه إذا قال: واللَّهِ لا آكُلُ حنطةً فأكَل دَقِيقًا.

قيل له: إذا أطلَق حُمِلتِ اليمينُ على المعتادِ المطلَقِ، فإذا عيَّن حُمِل على ما يَتناوَلُه الاسمُ مطلقًا وغيرَ مطلَقٍ؛ ألا تَرى أنه لو قال: واللَّهِ لا أقعُدُ في سراجٍ فقَعَد في الشمسِ لم يَحنَث، ولو قال: لا أقعُدُ في هذا السراجِ حَنِث بالقُعُودِ فيها.

قال: ولو حلَف لا يدخُلُ هذا البيتَ فدخَله بعدما انهَدَم لَم يَحنَث.

وذلك لأن البيتَ اسمٌ للبناءِ، ولهذا تُسمِّي العربُ الأخبِيةَ بيوتًا[1]، فإذا زال البناءُ زال الاسمُ، فزالتِ اليمينُ.

قال: ومَن حلَف لا يُكلِّمُ زوجةَ فلانٍ، فطلَّقها فلانٌ، ثُم كلَّمها حَنِث، وإن حلَف لا يُكلِّمُ عبدَ فلانٍ، أو لا يدخُلُ دارَ فلانٍ، فباع عبدَه ودارَه، فكلَّم العبدَ، ودخَل الدارَ لم يَحنَث.

(١) الأخبية جمع خباء: هو الخيمة من الصوف. ينظر: «المغرب» (ص ١٣٧).



وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يَحنَثُ[1].

وجهُ قولِهما: أن الدارَ والعبدَ لا يُقصدانِ بالمعاداةِ[2]، وإنما يُمتَنَعُ مِن دخولِ الدارِ وكلامِ العبدِ لمعنًى يَعودُ إلى مالِكها، فصار المالِكُ هو المقصودَ، فكأنه قال: ما دام مِلكًا لفلانٍ.

وليس كذلك زوجةُ فلانٍ؛ لأن الزوجةَ تُقصَدُ في نفسِها بالمعاداةِ والموالاةِ فالمقصودُ عينُها، والإضافةُ للتعريفِ، فلذلك حَنِث.

وجهُ قولِ محمدٍ: أن التعيينَ إذا حصَل سقَط حكمُ الإضافةِ، كما لو قال: لا أُكلِّمُ صاحبَ هذا الطَّيلَسانِ[3].

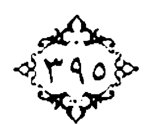
قال: وإن حلَف لا يُكلِّمُ صاحبَ هذا الطَّيلَسانِ فباعه، ثُم كلَّمه حَنِث، وكذلك إن حلَف لا يُكلِّمُ هذا الشابَّ فكلَّمه وقد صار شيخًا حَنِث، أو لا يأكُلُ لحمَ هذا الحمَلِ فصار كبشًا فأكَله حَنِث.

وذلك لأن امتناعَه مِن الكلامِ إنما هو استخفافٌ به، ولا يَجوزُ أن يكونَ ذلك لأجلِ طيلَسانِه ولا لأجلِ شبابِه، فدلَّ على أن المقصودَ باليمينِ عينُه، وذكرُ الطيلَسانِ والشبابِ على وجهِ التعريفِ، وكذلك الحَمَلُ المقصودُ الامتناعُ مِن لحمِه، وذلك موجودٌ وإن صار كبشًا، ولا يُقالُ: إن اليمينَ عندكم تَبقَى ببقاءِ

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٧٩)، و«العناية» (٥/ ١٥٠)، و«البناية» (٦/ ٢٠١)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٠٠).

(٢) في (أ، ض، ل): «بالعداوة».

(٣) الطيلسان: تعريب تالشان، وجمعه طيالسة، وهو مِن لباس العجم مدور أسود. ينظر: «المغرب» (ص٢٩٢).



الاسمِ وقد زال الاسمُ؛ لأن اسمَ اللحمِ لم يَزَل وإنما تغيَّرت صفتُه؛ وذلك لا يؤثِّرُ مع بقاءِ الاسمِ.

قال: وإن حلَف لا يأكُل مِن هذه النخلةِ فهو على ثمرِها.

وذلك لأن النخلةَ لمَّا لم يَتأتَّ أكلُها، حُمِلت اليمينُ على ما يتولَّدُ منها، ولا يُشبِهُ هذا إذا قال: لا آكُلُ مِن هذا العِنَبِ. فأكَل مِن زبيبِه أو عصيرِه أنه لا يَحنَثُ؛ لأن العِنَبَ يتأتَّى أكلُه فحُمِلتِ اليمينُ على الحقيقةِ، ولم تُحمَل على ما يتولَّدُ منه.

وإذا ثبَت هذا قُلنا: إذا أكَل مِن تمرِ النخلةِ، أو مِن طَلعِها[1]، أو جمارِها[2]، أو بُسرِها[3]، أو دِبسِها[4] الذي يخرُجُ مِن ثمرِها يَحنَثُ، وإن أكَل مِن ناطِفٍ[5] عُمِل مِن ثمرِها[6] لم يَحنَث؛ لأن حرفَ (مِن) للابتداءِ، فكلُّ ما يخرُجُ مِن النخلةِ على وجهِ الابتداءِ دخَل في يمينِه، وكلُّ ما خرَج عن حدِّ الابتداءِ لحدوثِ صنعةٍ فيه لم يَتناوَلْه اليمينُ.

قال: وإن حلَف لا يأكُل مِن هذا البسر فصار رُطَبًا فأكَله لم يَحنَث.

---

(١) الطلع: كافور النخل، وهو أول ما ينشق عنه، وكذلك الكُفُرّى. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١١٠).

(٢) الجمار: رأس النخلة. ينظر: «المغرب» (ص ٨٩).

(٣) البسر: البلح إذا عظم، والبلح بفتح الباء واللام قبل أن يصير بسرا. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٥٤).

(٤) الدبس: عصير الرطب، وتركيبه يدل على لون ليس بناصع. ينظر: «المغرب» (ص ١٦٠).

(٥) الناطف: نوع من الحلوى يسمى القبيطي، سُمِّي بذلك لأنه ينطف قبل استضرابه، أي: يقطر. ينظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦١١).

(٦) في (أ٢، ل، ي): «تمرها».



وذلك لِما بيَّنَّا أن اليمينَ إذا تعلَّقت بعينٍ بَقِيت ببقاءِ الاسمِ وزالت بزوالِه، وقد زال الاسمُ الذي تعلَّقت به اليمينُ فلم يَحنَث.

قال: وإن حلَف لا يأكُل بُسرًا فأكَل رُطَبًا لم يَحنَث.

لأن الرطبَ لا يُسمَّى بُسرًا فلم يَتناوَلْه اليمينُ.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ رُطَبًا فأكَل بُسرًا مُذَنِّبًا[1] حَنِث عندَ أبي حنيفةَ.

وهذا الذي ذكَره قولُ محمدٍ أيضًا، وقال أبو يوسفَ: لا يَحنَثُ[2].

وجهُ قولِهما: أن البسرَ المذنِّبَ فيه جزءٌ مِن الرُّطَبِ، ومَن حلَف لا يأكُل رطبًا حَنِث بأكلِ جزءٍ منه، ولأنه بسرٌ ورُطَبٌ فصار كمَن جمَع بينَهما.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن اسمَ الرطبِ لا يَتناوَلُه وإنما يُقال: بُسرٌ. فلم يَحنَث بتناوُلِه، وهذا يَبطُلُ بمَن حلَف لا يأكُلُ سمنًا فأكَل سَوِيقًا فيه سمنٌ، ظاهِرٌ أنه يَحنَثُ وإن لم يَتناوَله الاسمُ.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ لحمًا فأكَل السمكَ لم يَحنَث.

لأن إطلاقَ اسمِ اللحمِ لا يَتناوَلُه، يُبيِّنُ ذلك أن القائلَ يقولُ ما أكلتُ لحمًا منذُ كذا، وإن كان قد أكَل السمكَ، ومِن حكمِ الاسمِ أن يُحمَلَ على إطلاقِه في الأيمانِ.

---

(١) المذنِّب بتشديد النون وكسرها: هو البسر الذي ذنَّب، أي: بدأ الإرطاب فيه مِن قِبل ذنبه. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٧٠).

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢٥)، و«العناية» (٥/ ١٢٠)، و«البناية» (٦/ ١٦٩) ووقع عندهم: «وقالا: لا يحنث».



فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾ [فاطر:١٢].

قيل له: الأيمانُ لا تُحمَلُ على لفظِ القرآنِ؛ بدليلِ أن مَن حلَف لا يركَبُ دابَّةً فرَكِب كافرًا لم يَحنَث، وإن سمَّاه اللَّهُ تعالى دابَّةً، ولو حلَف لا يُخَرِّبُ بيتًا فخرَّب بيتَ العنكبوتِ لم يَحنَث، وإن سمَّاه اللَّهُ تعالى بيتًا.

قال: ولو حلَف لا يَشرَبُ مِن دِجلَةَ فشَرِب منها بإناءٍ لم يَحنَث، حتَّى يَكرَعَ منها كَرعًا عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَحنَثُ فيهما[(١)]. وهو قولُ الشافعيِّ[(٢)].

وهذه المسألةُ مبنيةٌ على أصلٍ: وهو أن اليمينَ إذا تناوَلَت حقيقةً ومجازًا اعتُبِر المتعارَفُ مِن ذلك، فإن كانا متعارَفَينِ حُمِل على الحقيقةِ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يُحمَلُ عليهما[(٣)].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الحقيقةَ هي اللفظُ المستعمَلُ فيما وُضِع له، والمجازُ مَعدُولٌ به عن أصلِه، ويَستَحِيلُ أن يكونَ اللفظُ الواحدُ مستَعمَلًا في مكانِه وفيما عُدِل به إليه؛ لأنه متضادٌّ في حالةٍ واحدةٍ.

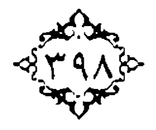
وجهُ قولِهما: أن الاسمَ يَصلُحُ لهما، والإرادةُ لا تَتنافَى فيهما، فصار كسائرِ أسماءِ العمومِ.

---

(١) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٤٦١)، و«الهداية» (٢٤/ ٣٢٧)، و«العناية» (٥/ ١٣٦).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٣٨٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٧٦)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٣٦).

(٣) ينظر: «أصول الشاشي» (١/ ٥٢، ٨٦)، و«الفصول في الأصول» (٣/ ٨٠)، و«الكافي» للسغناقي (١/ ٢٥٧)، (٢/ ٧٧٤)، و«البحر المحيط» (٣/ ١٠٩، ١١٠).



وإذا ثبَت هذا قال أبو حنيفةَ في مسألتِنا: إن الكَرعَ مِن دجلةَ[1] هو الحقيقةُ، وذلك متعارَفٌ يَفعَلُه كثيرٌ مِن الناس، والمجازُ أيضًا متعارَفٌ؛ وهو أن يأخُذَ بالإناءِ، فحُمِلتِ اليمينُ على الحقيقةِ، وعندَهما تُحمَلُ على الأمرَينِ.

فإن قيل: المشروبُ مقدَّرٌ في اللفظِ فكأنه قال: واللَّهِ لا أشرَبُ مِن ماءِ دجلةَ. فحذَف المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامَه.

قيل له: إن أراد الحالِفُ الحذفَ حُمِلت يمينُه عليه، والخلافُ فيمَن أطلَق اللفظَ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا خلافَ فيها في الحقيقةِ؛ لأن أبا حنيفةَ شاهَد العرَبَ بالكوفةِ يَفعَلُون هذا ظاهرًا معتادًا فحَمَلَ اليمينَ عليه، وهما شاهدا الناسَ بعدَ ذلك لا يفعلون ذلك إلا نادرًا، فلم يختصَّ به اليمينُ.

قال: وإن حلَف لا يشرَبُ مِن ماءِ دجلةَ فشَرِب منها بإناءٍ حَنِث.

وذلك لأن اليمينَ عقَدها على الماءِ دُونَ النهرِ، وذلك موجودٌ وإن أخَذه بإناءٍ، وفي المسألةِ الأُولى عقَد يمينَه على النهر فهو كقولِه: لا أشرَبُ مِن هذا الكُوزِ. فطُرِح في كُوزٍ آخَرَ فشَرِبه فإنه لا يَحنَثُ.

وقد قالوا: لو حلَف لا يشرَبُ مِن دجلةَ. فشَرِب مِن نهرٍ آخَرَ يأخُذُ مِن دجلةَ لم يَحنَث؛ لأن الإضافةَ قد زالت وحصَلت للنهرِ الثاني، ولو قال: مِن ماءِ الفُرات.

---

(١) كذا في (ر، ض، ض١)، وفي باقي النسخ: «الدجلة». ودجلة هو النهر المعروف ببغداد، ولا تدخله (ال) على المشهور. ينظر: «معجم البلدان» (٢/ ٤٤٠).



حَنِث بشُربِه مِن نهرٍ يأخُذُ مِن الفُراتِ؛ لأن ذلك لا يُخرِجُه أن يكونَ ماءَ الفُراتِ.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ هذه الحِنطةَ. فأكَل مِن خُبزِها لم يَحنَث.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ؛ وذلك لأن لِيَمينِه حقيقةً متعارَفةً وهو أن يأكُلَ الحنطةَ كما هي مطبوخةً ومَقلُوَّةً، ولها مجازٌ متعارَفٌ وهو أن يأكُلَ مِن خبزِها، فحُمِل اليمينُ على الحقيقةِ دُونَ المجازِ، وعلى قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ: تُحمَلُ اليمينُ عليها[1].

قال: ولو حلَف لا يأكُلُ مِن هذا الدقيقِ. فأكَل مِن خبزِه حَنِث، وإن استَفَّه كما هو، لا يَحنَثُ.

وقال الشافعيُّ: إن أكَل مِن خُبزِه لم يَحنَث، وإنِ استَفَّه حَنِث[2].

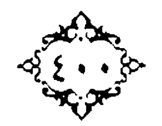
لنا: أن حقيقةَ الكلامِ أكلُ الدقيقِ كما هو، وذلك غيرُ متعارَفٍ، ومجازُه الأكلُ مِمَّا يُتَّخَذُ منه وذلك متعارَفٌ، والواجبُ حملُ اليمينِ على المجازِ المتعارَفِ، دُونَ الحقيقةِ التي لا تُتعارفُ، كمَن قال: لا آكُلُ مِن هذه النخلةِ. حُمِلتِ اليمينُ على ما يتولَّدُ منها، ولا يُحمَلُ على الحقيقةِ، وهو أكلُ خشَبِها، وليس كذلك إذا نوَى أكلَ الدقيقِ؛ لأنه حقيقةُ كلامِه فيُصدَّقُ[3].

---

(١) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣١٩، ٣٢٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٤٥٥)، و«النتف» (١/ ٣٩٦)، و«المبسط» (٨/ ١٨١)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٦١)، و«العناية» (٥/ ١٢٥)، و«البناية» (٦/ ١٧٤).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٤٢٢)، و«نهاية المطلب» (١٠/ ٥٠٢).

(٣) قال في حاشية (ح): «ولو أكل عين الدقيق لا يحنث هو الصحيح، كما إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة يحنث بأكل ثمرها، ولا يحنث بأكل عين الشجرة؛ لأن حقيقته مهجورة كذا هنا. =



فإن قيل: أكَلَ المحلوفَ على تركِ أكلِه مع بقاءِ الاسمِ الذي علَّق يمينَه به باختيارِه ذاكِرًا ليمينِه فيَجِبُ أن يَحنَثَ، أصلُه إذا حلَف لا يأكُلُ هذه الحنطةَ فأكَلها على جهتِها.

قيل له: يَبطُلُ بمَن حلَف لا يأكُلُ مِن هذه النخلةِ.

قال: وإن حلَف لا يُكلِّمُ فلانًا. فكلَّمه وهو بحيثُ يَسمَعُ إلا أنه نائمٌ حَنِث.

وذلك لأنه مُكَلِّمٌ له وقد وصَل الكلامُ إلى سمعِه، وهناك مانِعٌ مِن الفَهمِ، فصار كما لو كلَّمه وهو غافِلٌ.

قال: فإن حلَف لا يُكلِّمُه إلا بإذنِه. فأذِن له ولم يَعلَم بالإذنِ حتَّى كلَّمه حَنِث.

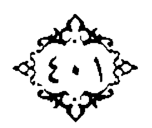
هذا هو المشهورُ مِن قولِهم، وعن أبي يوسفَ: أنه لا يَحنَثُ[1]، وبه قال الشافعيُّ[2].

وجهُ قولِهما: أن الإذنَ إباحةٌ فلا يثبُتُ مِن غيرِ عِلمٍ، كإباحةِ صاحبِ الشريعةِ، ولأنه مأخوذٌ مِن الإعلامِ، ومنه قولُه تعالى: ﴿وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ﴾ [التوبة: ٣]. فإذا أذِن ولم يَسمَع لم يكن إعلامًا، ولا يَلزَمُ إذا أذِن له وهو نائمٌ؛ لأن الكلامَ قد وصَل إلى سمعِه وهناك مانِعٌ مِن التمييزِ، فصار كالمستيقِظِ إذا أذِن له فلم يَفهَم.

شرح الجامع الصغير للعتابي».

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص١٠١)، و«الأصل» (٢/ ٣٥٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٤٣٦-٤٤١)، و«الهداية» (٢/ ٣٢٩)، و«العناية» (٥/ ١٤٥)، و«البناية» (٦/ ١٩٥).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ١٤٤)، و«التنبيه» للشيرازي (ص١٩٧)، و«المهذب» (٣/ ١١٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٥١٦).



فإن قيل: كلَّمه بعدَ وجودِ الإذنِ مِن جهتِه فوجَب أن لا يَحنَثَ، أصلُه إذا عَلِم.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنه يكون إذنًا إلا بعد العِلمِ، ولأنه إذا عَلِم فلم يَصِر مُشافِهًا له، وإذا لم يَعلَم فقد صار مُخالِفًا له، وهو وجودُ الكلامِ المحلوفِ عليه فيَحنَثُ.

قال: وإذا استَحلَف الوالي رجلًا لِيُعلِمَه بكلِّ داعِرٍ دخَل البلدَ. فهو على حالِ ولايةٍ خاصَّةٍ.

وذلك لأن غرَض العاملِ أن يَرفَعَ إليه الخبرَ ما دام واليًا، فإذا زالتِ الولايةُ ارتفعتِ اليمينُ، قالوا: فإن عاد العامِلُ إلى ولايتِه لم تَعُدِ اليمينُ؛ لأنها كانت مخصوصةً بحالِ الولايةِ وقد زالت بزوالِها.

وعلى هذا: لو حلَف على زوجتِه أن لا تَخرُجَ إلا بإذنِه، أو على عبدِه، ثُم باعه، وطلَّق الزوجةَ، انحلَّتِ اليمينُ؛ لأن غرَضه أن لا يَخرُجَ مَن له عليه ولايةٌ إلا بإذنِه.

قال: ومن حلَف لا يركَبُ دابَّةَ فلانٍ. فرَكِب دابَّةَ عبدِه لم يَحنَث[1].

وقال الشافعيُّ: يَحنَثُ[2].

لنا: أنها مضافةٌ إلى غيرِ المحلوفِ عليه إضافةً مُطلَقةً، فصار كدابَّةِ مكاتَبِه.

[فإن قيل: رَكِب دابَّةً يَملِكُها المضافُ إليه فوجَب أن يَحنَثَ، أصلُه: إذا

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٤٨٤)، و«التجريد» (١٢/ ٦٤٥١، ٦٤٥٣)، و«المبسوط» (٩/ ١٣).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٨٥)، و«الحاوي» (١٥/ ٤٥٦)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٥٣١، ٥٣٢)، و«التهذيب» (٨/ ١٢٤).



رَكِب دابَّتَه][1] التي ليست للعبدِ.

(2) قيل له: الأيمانُ تُحمَلُ على العادةِ، ودابةُ العبدِ إذا كانت مضافةً إليه، فلا تكونُ مضافةً إلى المالكِ، فانصرفَ اليمينُ إليه، فصارت كدابةِ غيرِ العبدِ(2).

قال: وإذا حلَفَ لا يَدخُلُ هذه الدارَ. فوقَفَ على سَطحِها، أو دخَلَ دِهليزَها حَنِث[3].

وقال الشافعيُّ: إذا وقَفَ على سَطحِها لم يَحنَث، وكذلك الخلافُ إذا وقَفَ على حائطِها[4].

لنا: أن الدارَ عبارةٌ عمَّا أحاطَت به الدائرةُ، وذلك موجودٌ في عُلوِ الدارِ وسُفلِها، ولأنه يَحتاجُ في حصولِه في سطحِها إلى إذنٍ كسائرِ بقاعِها، ولأنه لو حلَفَ لا يَخرُجُ مِن هذه الدارِ فصَعِد سطحَها لم يَحنَث، ولو لم يكن داخِلًا بالمصيرِ إليه لصار خارِجًا بالحصولِ فيه.

فإن قيل: وقَفَ على موضعٍ لا يُحِيطُ به بناءُ الدارِ فوجَب أن لا يَحنَثَ، كما لو وقَفَ على رأسِ شجرةٍ تَعلُو على السطحِ.

---

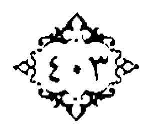
(1) ما بين المعقوفين ليس في (أ2، غ، ي).

(2-2) ما بين القوسين من (ض).

(3) ينظر: «التجريد» (12/ 6438)، و«تحفة الفقهاء» (2/ 311)، و«بدائع الصنائع» (3/ 36).

والدهليز: المدخل إلى الدار، فارسي معرّب، والجمع الدهاليز. ينظر: «المصباح المنير» (ص 201).

(4) ينظر: «الحاوي» (15/ 348)، و«المهذب» (3/ 101)، و«روضة الطالبين» (11/ 27).



قيل له: يَبطُلُ بما إذا انهدَم منها حائطٌ فدخَل منه إلى ما يَلِيه، ولا نُسلِّمُ الشجرةَ؛ لأن رأسَها في هذه الدارِ وذلك منها.

وأما إذا حلَف لا يدخُلُ هذا البيتَ فدخَل غُرفةً عِلِّيَّةً فإنه لا يَحنَثُ[1]؛ لأن البيتَ عبارةٌ عن موضعِ المبيتِ، وكلُّ واحدٍ مِن البيتِ وعُلوِه بيتٌ.

ومَن حلَف على بيتٍ معيَّنٍ لا يَحنَثُ بدخولِ بيتٍ غيرِه.

قال: وإن وقَف في طاقِ البابِ، بحيثُ إذا أُغلِق[2] البابُ كان خارِجًا لم يَحنَث.

وذلك لأنه خارِجٌ مِن الدارِ؛ ألا تَرى أن البابَ يُغلَقُ على ما في الدارِ، فإذا انغَلَق وهو خارِجٌ فليس في الدارِ.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ الشِّواءَ فهو على اللَّحمِ دُونَ الباذِنجانِ والجزَرِ.

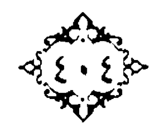
وذلك لأن الشواءَ عبارةٌ عمَّا يُجعَلُ في النارِ لِيَسهُلَ أكلُه، وذلك موجودٌ في كل نوعٍ إلا أن العرفَ يختَصُّ باللَّحمِ؛ ألا ترى أن الشَّوَّاءَ اسمٌ لبائعِ اللَّحمِ المشوِيِّ، ويُقالُ: لم يأكُلِ الشِّواءَ، وإن أكَل الباذِنجانَ المشوِيَّ، وإذا كان إطلاقُ الاسمِ يَتناوَلُ اللحمَ حُمِل عليه دُونَ غيرِه مِن السمكِ والباذِنجانِ وغيرِه، فإن نوَى شيئًا مِن ذلك حَنِث فيه؛ لأن الاسمَ يَتناوَلُه، فإذا نواه عَمِلت نِيَّتُه.

---

(١) العِلِّيَة: الغرفة في الطبقة الثانية من الدار وما فوقها، والجمع علالي. ينظر: «المعجم الوسيط» (٢/ ٦٢٥).

(٢) كذا في (س، ش، ض، ي، ونسخة مختصر القدوري)، وفي باقي النسخ: «غلق». وينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢٢)، و«العناية» (٥/ ١٠٢)، و«البناية» (٦/ ١٥٦).

وطاق الباب: أي: عتبته. ينظر: «رد المحتار» (٣/ ٧٤٩).



قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ الطَّبِيخَ فهو على ما يُطبَخُ مِن اللَّحمِ.

وذلك لأن الطبيخَ في العُرفِ يُسمَّى ما كان باللحمِ دُونَ غيرِه؛ ألا ترى أنه لا يُقال لِمَن أكَل الباقِلاءَ[1]: إنه أكَل الطبيخَ. فإن نوَى ما يُطبَخُ باللحمِ وغيرِه حَنِث؛ لأنه طبيخٌ في الحقيقةِ.

وإنما حمَلناه على اللحمِ عندَ عدمِ النيةِ؛ لأن إطلاقَ الاسمِ يَتناوَلُ اللحمَ خاصةً، واللحومُ كلُّها سواءٌ؛ لأن إطلاقَ الاسمِ يَتناوَلُ الجميعَ، وهذا كلُّه استِحسانٌ.

وقد قالوا: لو طبَخ شيئًا مِن ذلك فأكَل مِن لحمِه أو مِن مرقِه حَنِث؛ لأنه يُقال: أكَل الطبيخَ. وإن لم يأكُل مِن اللحمِ.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ الرُّؤوسَ فيَمِينُه على ما يُكبَسُ في التَّنانِيرِ ويُباعُ في المِصرِ[2].

هذا هو الصحيحُ عنهم مِن غيرِ خلافٍ في الحقيقةِ، والمذكورُ في الكتبِ أن عندَ أبي حنيفةَ يُحمَلُ على رؤوسِ الإبلِ والبقَرِ والغنَمِ هو قولُه الأوَّلُ، ثم رجَع عنه.

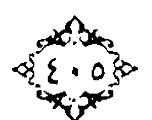
---

(١) في (غ، ي): «الباذنجان».

والباقلاء: بالقصر والتشديد أو بالمد والتخفيف، هذا الحب المعروف، الواحدة باقلاة أو باقلاءة. ينظر: «المغرب» (ص ٤٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣١٧)، و«النتف» (١/ ٣٩٨)، و«المبسوط» (٨/ ١٧٨)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٢٠).

والتنانير: جمع تنور، وهو الذي يخبز فيه، وافقت فيه لغة العرب لغة العجم، وقيل: ليس بعربي صحيح. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٧٧).



والأصلُ في ذلك أن اسمَ الرؤوسِ عامٌّ يَتناوَلُ رأسَ كلِّ حيوانٍ؛ إلا أنه معلومٌ بالعادةِ أن الحالِفَ لا يَقصِدُ بيمينِه رؤوسَ الجرادِ والعصافيرِ وأنه يَقصِدُ غيرَ ذلك، فوجَب أن يُرجَعَ فيه إلى ما يَنطَلِقُ عليه الاسمُ، وذلك ما يُكبَسُ في التنانيرِ؛ إلا أن أبا حنيفةَ شاهَد الناسَ في أوَّلِ الأمرِ يَكبِسُون رؤوسَ الإبلِ والبقَرِ فحمَل اليمينَ على ذلك، ثُم شاهَدهم وقد ترَكُوا رؤوسَ الإبلِ فحمَل اليمينَ على رؤوسِ البقَرِ والغنَمِ.

وأبو يوسفَ، ومحمدٌ شاهَدا ببغدادَ الناسَ لا يَكبِسون إلا رؤوسَ الغنمِ، ولا يُطلِقُون الاسمَ إلا عليها، فحمَلا اليمينَ على ذلك.

قال: ومَن حلَف لا يأكُلُ خبزًا فيَمِينُه على ما يعتادُ أهلُ المِصرِ أكلَه خُبزًا.

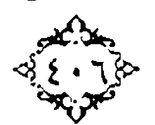
وذلك لأن اليمينَ يَجِبُ أن تُحمَلَ على ما يَنطَلِقُ عليه الاسمُ، فيُعتبَرُ ذلك بعادةِ أهلِ كلِّ ناحيةٍ فيما يعتادُونه، فمَن اعتاد الحنطةَ فيمينُه عليه، وكذلك مَن اعتاد الشَّعِيرَ أو الذُّرَةَ لِتَناوُلِ الاسمِ له حالَ الإطلاقِ.

قال: فإن أكَل خُبزَ القَطائِفِ، أو خبزَ الأُرزِ بالعراقِ لم يَحنَث.

لأن الاسمَ في هذه البلادِ لا يَتناوَلُه على الإطلاقِ فلم يُحمَلِ اليمينُ عليه، ولو أكَل خبزَ الأرزِ في البلادِ التي يَعتادُ أهلُها أكلَه حَنِث لِما تَناوَله إطلاقُ الاسمِ.

قال: ومن حلَف لا يَبِيعُ، أو لا يَشتَرِي، أو لا يُؤاجِرُ فوكَّل مَن فعَل ذلك لم يَحنَث[1].

(١) قال في حاشية (ح): «لا يحنث بالأمر في ستة؛ البيع، والشراء، والإجارة، والاستئجار، والقسمة، =



وذلك لأن هذه العقودَ حقوقُها تتعلَّقُ بالعاقدِ دُونَ الآمرِ، ولهذا لا يُضافُ إلى الآمرِ وإنما يُضافُ إلى الفاعلِ، فصار كأنَّ الحالِفَ قال: لا ألتزِمُ حقوقَ هذه العقودِ. ولم يَلتزِمها بالأمرِ فلم يَحنَث.

ولهذا لو كان الحالِفُ هو الوكيلَ حَنِث، قالوا: إلا أن يكونَ الآمِرُ سُلطانًا لا يتولَّى العقودَ بنفسِه فيُحمَلَ يمينُه على الآمِرِ بالعقدِ فيَحنَثَ[1].

قال: ومَن حلَف لا يتزوَّجُ، أو لا يُطلِّقُ، أو لا يُعتِقُ فوكَّل بذلك حَنِث[2].

لأن هذه الأشياءَ لا يتعلَّق حقوقُها بالفاعلِ، بل تُضافُ إلى الآمِرِ دُونَ الفاعلِ، فاستَوى في إضافتِها إليه حالَ الفعلِ والأمرِ وحَنِث فيها.

وقد قال الشافعيُّ: لا يَحنَثُ؛ لأنه حلَف على تركِ فِعلِه، فإذا أمَر به لم يَحنَث كالبيعِ والإجارةِ[3].

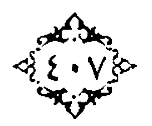
والصلح على مال، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذه الستة وبه يفتي. خلاصة».

قال: «وضرب الولد، والفرق بين ضرب العبد وضرب الولد، أن الضرب فعل حسي لا ينتقل من أحد إلى آخر إلا إذا صح التوكيل، وصحة التوكيل تكون في الأموال، فيصح في العبد دون الولد. شرح وقاية».

(1) قال في حاشية (ح): «يحنث بالأمر في ثلاثة وعشرين موضعًا؛ منها: النكاح، والطلاق، والخلع، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، والهبة، والصدقة، وضرب العبد، وضرب الحر إن كان سلطانا أو قاضيًا، والكسوة بأن حلف لا يكسوه أو لا يحمله على دابته، والخياطة، وذبح الشاة، وبناء الدار، وقضاء الدَّين، وقبض الدَّين، والصلح عن دم العمد، والقرض، والاستقراض، والإيداع، والاستيداع، والإعارة. خلاصة».

(2) ينظر: «الأصل» (2/ 340)، و«شرح مختصر الطحاوي» (7/ 496)، و«عيون المسائل» (ص198، 199)، و«التجريد» (12/ 6495)، و«المبسوط» (9/ 9).

(3) ينظر: «الحاوي» (15/ 378)، و«بحر المذهب» (10/ 472)، و«التهذيب» (8/ 142)، =



قيل له: تلك العقودُ لا تُضافُ إلى الموكِّلِ؛ وإنما يُضِيفُها الوكيلُ إلى نفسِه، وهذا العقدُ يُضِيفُه إلى موكِّله، فصار كأنه عقَده بنفسِه.

قال: ومَن حلَف لا يَجلِسُ على الأرضِ فجلَس على بِساطٍ أو حَصِيرٍ لم يَحنَث.

وذلك لِما بيَّنَّا أن المعتبَرَ في الأيمانِ إطلاقُ الاسمِ في العادةِ، ولا يُقالُ: جلَس على الأرضِ. إلا إذا باشَر الأرضَ بالجلوسِ، ولم يَحُل بينَهما حَصِيرٌ ولا غيرُه، فإذا جلَس على بِساطٍ أو حَصِيرٍ لم يَتناوَله الاسمُ فلم يَحنَث.

فإن جلَس على الأرضِ مِن غيرِ بِساطٍ حَنِث، وإن حال بينَه وبينَها ثيابُه؛ لأنه يُقال: جلَس على الأرضِ. وإن كان عليه ثيابُه، فلمَّا تناوَله إطلاقُ الاسمِ حَنِث به.

قال: ومَن حلَف لا يَجلِسُ على سَرِيرٍ. فجلَس على سريرٍ فوقَه بِساطٌ حَنِث.

وذلك لأنه يُقالُ: إنه جلَس على السريرِ. وإن كان فوقَه بِساطٌ، وإذا تناوَله الاسمُ حَنِث.

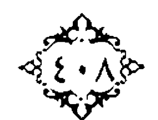
قال: وإن جعَل فوقَه سَرِيرًا آخَرَ فجلَس عليه لم يَحنَث.

وذلك لأنه إذا جعَل فوقَه مثلَه نُسِب الجلوسُ إلى الثانِي وزال عن الأولِ فتعلَّقَتِ اليمينُ بالثانِي.

قال: ولو حلَف لا يَنامُ على فِراشٍ بعَينِه فنام عليه وفوقَه قِرامٌ حَنِث[1].

و«روضة الطالبين» (١١/ ٤٧).

(١) القرام: الستر المنقش. ينظر: «المغرب» (ص ٣٨٠).



لأنه يُقالُ: نام عليه. مع وجودِ القِرامِ، فتعلَّقت اليمينُ به.

قال: وإن جعَل فوقَه فِراشًا آخرَ لم يَحنَث.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعن أبي يوسفَ: أنه يَحنَثُ[1].

وجهُ قولِهما: أن الفراشَ الأعلى يُقصَدُ بالنومِ ويَنفَرِدُ بنفسِه، فصار هو المقصودَ بالنومِ دُونَ الأوَّلِ فلم يَحنَث، كمَن حلَف لا يَجلِسُ على هذا السريرِ فجعَل فوقَه سريرًا آخرَ فقعَد عليه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن كلَّ واحدٍ مِن الفِراشَينِ مقصودٌ بالنومِ؛ ألا ترى أنهم يَجعَلُون أحدَهما فوقَ الآخَرِ لزيادةِ الوِطَاءِ[2]، فصار الأولُ مقصودًا كالثانِي فيَحنَثُ.

قال: ومن حلَف بيمينٍ وقال: إن شاء اللَّهُ. مُتَّصِلًا بيمينِه، فلا حِنثَ عليه.

وذلك لأن هذه الكلمةَ تدخُلُ في الكلامِ لِترَفَع حكمَه، يدُلُّ على ذلك أن موسى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف:٦٩]. ولم يَصبِر ولم يكن حانِثًا، وعن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَقَالَ: إِن شَاءَ اللَّهُ. فَقَد بَرَّ فِي يَمِينِهِ»[3].

وقد بيَّنَّا هذه المسألةَ فيما تقدَّم، وبيَّنَّا خلافَ ابنِ عباسٍ إذا لم يَصِل ذلك بكلامِه.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٣٠)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٧٢)، و«البناية» (٦/ ٢٤٠).

(٢) الوطاء: الفراش الوطِيء، أي: اللَّيِّن. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٢٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٦١، ٣٢٦٢)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي (٣٨٢٨، ٣٨٢٩، ٣٨٣٠)، وابن ماجه (٢١٠٥، ٢١٠٦) من حديث ابن عمر؛ بنحوه. قال الترمذي: «حديث حسن».

قال: وإن حلَف لَيأتِيَنَّهُ إنِ استَطاع. فهذا على استطاعةِ الصحةِ دُونَ القُدرَةِ.

وذلك لأن المفهومَ مِن إطلاقِ هذا اللفظِ استطاعةُ الصحةِ؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿وَسَيَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ لَوِ ٱسْتَطَعْنَا لَخَرَجْنَا مَعَكُمْ﴾[التوبة:٤٢] إلى قولِه تعالى: ﴿إِنَّهُمْ لَكَٰذِبُونَ﴾[التوبة:٤٢]. فكذَّبهم في قولِهم: إنهم غيرُ مستَطِيعِينَ. مع وجودِ الصحةِ وزوالِ العُذرِ، وإذا كان كذلك حُمِل الكلامُ عليه.

فإن نوَى استطاعةَ القضاءِ؛ قال الطحاويُّ: يُصَدَّقُ في القضاءِ.

قال الشيخُ أبو بكرٍ[1]: هذا لا يُعرَفُ مِن مذهبِهم ويَجِبُ أن لا يصدَّقَ في القضاءِ؛ لأنه يريدُ صرفَ الكلامِ عن ظاهِرِه بالنيةِ فلا يُصَدَّقُ، ولكن يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللَّه تعالى؛ لأنه مِمَّا يَحتَمِلُه كلامُه.

قال: وإن حلَف لا يُكَلِّمُه حينًا أو زمانًا، أو الحِينَ أو الزمانَ فهو على ستةِ أشهُرٍ.

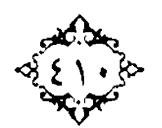
وقال الشافعيُّ: في الحين إذا حلف على النفيِ فيمينُه على ساعةٍ واحدةٍ، وإن حلَف على الإثباتِ ففعَل ذلك في آخِرِ عمرِه جاز[2].

لنا: أن الحينَ يُعبَّرُ به عن الوقتِ اليسيرِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾[الروم:١٧].

---

(١) يعني: الشيخ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص. وينظر كلامه في: «شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٤٤٧)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٢٢).

(٢) الحين والزمان حكمهما واحد في ظاهر مذهب الشافعي، وهو أنه يبر بأدنى زمان؛ لأنه اسم للوقت ويقع على القليل والكثير. وينظر: «الحاوي» (١٥/ ٣٧٦)، و«المهذب» (٣/ ١١٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٧٠).



ويُعَبَّرُ به عن أربعينَ سنةً، قال اللّه تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان:١] قيل: المرادُ به أربعينَ[1] سنةً.

ويُعَبَّرُ به عن ستةِ أشهُرٍ، قال اللّهُ تعالى: ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم:٢٥]. قال ابنُ عباسٍ: «النخلةُ بينَ جِدادِها وطَلعِها ستةُ أشهُرٍ»[2]. وقد رُوِي: «سنةٌ بينَ أن يَطلُعَ [3]إلى أن يَطلُعَ[3]».

ولا يَجوزُ أن يُرِيدَ الحالِفُ بيمينِه ساعةً؛ لأن مَن امتَنع مِن ذلك لا يَمتَنِعُ بيمينٍ، ولا يَجوزُ أن تُحمَلَ على أربعينَ سنةً؛ لأنه لو أراد ذلك لقال: أبدًا. لأنه أكثرُ العمرِ، فيَجِبُ أن يُحمَلَ على الوسَطِ، وهو ما رُوِي عن ابنِ عباسٍ، وسعيدِ ابنِ المسيِّب أنهما قالا: «ستةُ أشهُرٍ»[4].

فإن قيل: وقتٌ مُبهَمٌ فيَتناوَلُ القليلَ والكثيرَ.

قيل له: إذا كان الاسمُ مُشتَرَكًا رُجِع إلى نيةِ الحالِفِ، فإن عُدِمت لم يَجُز حملُه على القليلِ؛ لأن الإطلاقَ لا يَتناوَلُه، والزمانُ في معنى الحِينِ.

قال: وكذلك الدهرُ عندَ أبي يوسفَ، ومحمدٍ.

وقال أبو حنيفةَ: لا أدري ما الدهرُ؛ فإن كانت له نيةٌ فهو على ما نوَى.

---

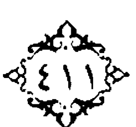
(١) كذا بالنسخ.

(٢) أخرجه ابن جرير في «تفسيره» (١٣/ ٦٤٦، ٦٤٧).

وجداد التمر: قطعه، والجداد بكسر الجيم لغة في الجداد بالفتح. ينظر: «طلبة الطلبة» ص ٨٣.

(٣-٣) ليس في (ل)، وفي (أ٢): «إلى أن يقطع». والمثبت موافق لما في التجريد (١٢/ ٦٤٧٤).

(٤) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٣٢٤، ١١٣٢٥).



ومِن أصحابِنا مَن قال: إن الدهرَ بالألفِ واللامِ هو الأبدُ، لا خلافَ بينَهم فيه[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الدهرَ لم يُنقَل عن أهلِ اللغةِ فيه تقديرٌ معلومٌ فلم يَجُز إثباتُه، ورُجِع إلى نيةِ الحالِف.

وجهُ قولِهما: أن دهرًا يُذكَرُ ويُرادُ به ما يُرادُ بالحِينِ، يُقالُ: ما رأيتُكَ منذُ حينٍ. كما يُقالُ: ما رأيتُكَ منذُ دهرٍ. فاعتُبِر قدرُ أحدِهما بالآخَرِ، فإذا أُدخِل عليه الألفُ واللامُ صار عبارةً عن الأبدِ.

وقولُ أبي حنيفةَ: لا أدرِي. ليس بعيبٍ لِما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن أفضلِ البقاعِ؟ فقال: «لا أدرِي». ثُم هبَط عليه جبريلُ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ فقال: «سألتُ ربي عن ذلك؟ فقال: المَسَاجِدُ، وأفضَلُ أهلِهَا مَن جاءَها أوَّلًا وانصَرَف آخِرًا، وشَرُّ أهلِهَا مَن جاءَها آخِرًا وانصَرَفَ أوَّلًا»[2].

وعن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «لا يستحيي جاهلٌ أن يتعلَّمَ، ولا يستحيي عالِمٌ إذا سُئِل عمَّا لا يَعلَمُ أن يقول: إني لا أعلَمُ»[3].

قال: ولو حلَف لا يُكلِّمُه أيامًا. فهو على ثلاثةِ أيامٍ.

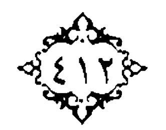
وذلك لأنه ذكَر لفظَ جمعٍ، وأقلُّ الجمعِ ثلاثةٌ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٦)، و«الهداية» (٢/ ٣٣١)، و«العناية» (٥/ ١٥٥).

(٢) أخرجه البزار (٣٤٣٠) من حديث جبير بن مطعم. وأخرجه ابن حبان (١٥٩٩)، والحاكم (١/ ٩٠)، (٢/ ٧)، والبيهقي (٣/ ٦٥)، (٧/ ٥٠) من حديث ابن عمر. وأخرجه أبو الشيخ في «العظمة» (٢/ ٦٧٤-٦٧٥) من حديث ابن عباس. وأخرجه الرافعي في «التدوين» (٣/ ٣٦٢) من حديث عثمان بن صهيب، عن أبيه.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (١٢٤٦- التفسير)، وابن أبي شيبة (٣٥٦٤٥).



قال: وإن حلَف لا يُكلِّمُه الأيامَ. فهو على عشرةِ أيامٍ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: أيامُ الأسبوعِ[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الألفَ واللامَ للجنسِ فيقتَضِي جنسَ ما يُسمَّى أيامًا وذلك عشرةٌ؛ ألا ترى أنه يُقالُ بعدَ ذلك: أحدَ عشرَ يومًا.

وجهُ قولِهما: أن الألفَ واللامَ للعهدِ، والمعهودُ في الأيامِ أيامُ الأسبوعِ، فوجَب حملُ اليمينِ على ذلك.

قال: ولو حلَف لا يُكلِّمُه الشهورَ. فهو على عشرةِ أشهُرٍ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: اثنا عشر شهرًا.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن جنسَ ما يُسمَّى بالشهورِ هو عشرةٌ، فحُمِل اليمينُ على ذلك.

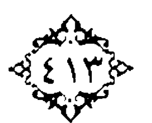
وجهُ قولِهما: أن الألفَ واللامَ للعهدِ، والشهورُ المعهودةُ اثنا عشَر شهرًا فتناوَلَتِ اليمينُ ذلك.

قال: وإن حلَف لا يَفعَلُ كذا. ترَكه أبدًا، وإن حلَف لَيَفعَلَنَّ كذا. ففعَله مرَّةً واحدةً برَّ في يمينِه.

وذلك لأن اليمينَ إذا انعقدَت على النفيِ كان شرطُ البرِّ عدمَ الفِعلِ في جميعِ المدَّةِ، فإذا فُعِل في بعضِها لم يُوجَدِ شرطُ البرِّ فحَنِث، وأما إذا حلَف على إيقاعِ الفِعلِ ففعَله مرَّةً واحدةً، فقد وُجِد شرطُ البرِّ لأنه قد فعَل ما حلَف عليه.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٣١)، و«العناية» (٥/ ١٥٧)، و«البناية» (٦/ ٢٠٨).



قال: ومَن حلَف لا تَخرُجُ امرأتُه إلا بإذنِه. فأذِن لها مرَّةً فخرَجَت، ثُم خرَجَت مرَّةً أُخرَى بغيرِ إذنِه حَنِث، ولا بُدَّ مِن الإذنِ[1] في كلِّ خروجٍ[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَحنَثُ[3].

لنا: أنه عقَد يمينَه على كلِّ خروجٍ واستَثنَى خروجًا بصفةٍ، فكلُّ خروجٍ لم يدخُل في الاستِثناءِ فهو داخلٌ في اليمينِ فيَحنَثُ به، أصلُه إذا قال لها: إن خرَجتِ إلا ومعك سيفٌ فأنتِ طالِقٌ. فخرَجَت بسيفٍ، ثُم خرَجَت بغيرِ سيفٍ وقَع الطلاقُ.

فإن قيل: هذه اليمينُ جمعَت منعًا مِن الخروجِ بغيرِ إذنِه وإباحةً للخروجِ بإذنِه، فإذا خرَجت بالإذنِ وجَب أن يَبَرَّ وتَسقُطَ اليمينُ، أصلُه إذا قال: إلا أن آذَنَ لكِ.

قيل له: قولُه: إلا أن آذنَ لكِ. إذا دخَل على ما يُتوقَّتُ كان للتوقيتِ؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿ لَا يَزَالُ بُنْيَانُهُمُ الَّذِي بَنَوْا رِيبَةً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَّا أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ ﴾ [التوبة: ١١٠]. وإذا اقتَضى التوقيتَ لم يدخُل ما بعدَه في اليمينِ ويصيرُ بمنزلةِ قولِه: إن خرَجتِ اليومَ إلا بإذني. فيُعتبَرُ الإذنُ في خروجِها في ذلك اليومِ دُونَ ما بعده، كذلك هذا.

قال: وإن قال: إلا أن آذَنَ لكِ. فأذِن لها مرَّةً واحدةً، ثُم خرَجَت بعدَها بغيرِ إذنِه لم يَحنَث.

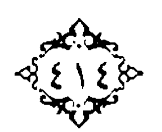
وقد بيَّنَّا ذلك.

---

(١) في (أ، أ٢، س، ض، ظ، ع): «إذن».

(٢) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣١٢)، و«المبسوط» (٨/ ١٧٣، ١٧٤)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٤٦).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٨٣)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٠٣)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٩١)، و«المهذب» (٣/ ٣٦)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٣٨٤)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٦١).



قال: وإذا حلف لا يتغدَّى. فالغداءُ الأكلُ مِن طلوعِ الفجرِ إلى الظهرِ، والعَشاءُ مِن صلاةِ الظهرِ إلى نصفِ الليلِ، والسُّحُورُ مِن نصفِ الليلِ إلى طلوعِ الفجرِ[1].

لأن الغداءَ عبارةٌ عن أكلِ الغَدوةِ، وما بَعدَ الزوالِ لا يُسمَّى غدوةً، وما بعدَ نصفِ النهارِ هو أولُّ أوقاتِ العَشاءِ، والأكلُ مسمًّى به ومضافٌ إليه وقد وُجِد، وكذلك السُّحورُ.

وقد قالوا: لا يَحنَثُ في ذلك حتى يأكلَ أكثرَ مِن نصفِ شِبَعِه؛ لأن مَن أكَل لقمةً لا يُقال: تَغَدَّى.

وقالوا أيضًا: يُعتبَرُ أن يأكُلَ ما يَقصِدُ به الشِّبَعَ، فإن أكَل غيرَ ذلك لم يَحنَث.

وقالوا في الحَضَرِيِّ: إذا حلَف لا يتغدَّى فشَرِب اللبنَ لم يَحنَث لمَّا لم يَقصِد به الشِّبَعَ، ولو كانت اليمينُ مِن بدوِيٍّ حَنِث؛ لأن ذلك غداءٌ في البادِيةِ.

قال: وإن حلَف لَيَقضِيَنَّه دَينَه إلى قريبٍ. فهو ما دونَ الشهرِ، وإن قال: إلى بعيدٍ. فهو أكثرُ مِن شهرٍ[2].

وقال الشافعيُّ: لا حدَّ لذلك[3].

---

(١) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣٢٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٧/ ٤٤٩)، و«عيون المسائل» (ص١٨٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٦٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٢/ ٣٣٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٥٧)، و«النتف» (١/ ٤١٢)، و«المبسوط» (٦/ ١١٤)، (١٢/ ١٤٧)، (١٩/ ١٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٥/ ٣٧٦)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٧١)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٧١).

لنا: أن ما دُونَ الشهرِ في حكمِ القريبِ، والشهرُ وما فوقَه في حكمِ البعيدِ، بدليلِ أنه لا يُجعَلُ ما دُونَ الشهرِ أجَلًا في غالبِ الأحوالِ، فوجَب أن يُحمَلَ اليمينُ على ذلك؛ ولأن القريبَ والبعيدَ متضادَّانِ، وقولُ المخالِفِ يقتَضِي أن يتناوَلَ أحدُهما ما يَتناوَلُه الآخَرُ.

فإن قيل: ما مِن زمانٍ إلا وهو قريبٌ بالإضافةِ إلى ما هو أبعدُ منه، وبعيدٌ بالإضافةِ إلى ما هو أقربُ منه، فليس أحدُهما أولَى مِن الآخَرِ.

قيل له: اللفظُ يَجِبُ أن يُحمَلَ على ما يَتناوَلُه الاسمُ عندَ الإطلاقِ، ولا يُعتبَرُ الإضافةُ إلى غيرِه.

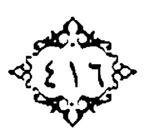
قال: ومَن حلَف لا يَسكُنُ هذه الدارَ. فخرَج منها بنفسِه وترَك فيها أهلَه ومتاعَه حَنِث.

وقال الشافعيُّ: لا يَحنَثُ[1].

لنا: أن السكنى يكونُ بنفسِه وبما يَسكُنُ به في المكانِ في العادةِ غالبًا؛ بدليلِ أن الناسَ هكذا يَسكُنُونَ المنازِلَ، وبدليلِ أن مَن جلَس في المسجدِ وبات فيه لا يُقالُ: إنه ساكِنٌ فيه. ولو كان معه مِن أثاثِه ما يَسكُنُ به قبلَ سكنِ[2] المسجدِ، فإذا حلَف لا يَسكُنُ فقد انعقدَت يمينُه على إزالةِ ما صار به ساكنًا، فإذا زال بعضُه لم يَبَرَّ في يمينِه، كمَن حلَف على شيئَينِ ففعَل أحدَهما، ولأن الدارَ تُضافُ

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ٧٥)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٣٣٢)، و«التهذيب» (٨/ ١١٤)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٣٠).

(٢) في (أ٢): «أن يسكن».



إلى الإنسانِ بالسكَنِ، وإن كان في سوقٍ أو سفَرٍ إذا كان فيها أهلُه ومتاعُه، فتناوَلَتِ اليمينُ ذلك.

فإن قيل: السكنى في الموضعِ أن يتَّخِذَ مأواه في الأحوالِ التي يَستَتِرُ فيها عن العيونِ؛ كالأكلِ، والشربِ، والطهارةِ، والمنامِ، فإذا دخَل إلى موضعٍ بهذه النيةِ فقد سكَنه، وإذا خرَج منه بنيةِ التحوُّلِ وأن لا يَعُودَ إليه فقد ترَك سُكناهُ، ولا مُعتبَرَ بالأهلِ والمتاعِ، فليس كلُّ أحدٍ له ذلك.

قيل له: السكَنُ هو المقامُ المستَدامُ بما يَسكُنُ به في العادةِ، ولا يُمكِنُ المقامُ إلا به على ما بيَّنَّاه، فأما الفقيرُ فإنه لا يَسكُنُ في موضعٍ إلا بشيءٍ يَتبَعُه في العادةِ، وإذا صار ساكنًا بنفسِه وبما يَتبَعُه فزوالُ السكنى يكونُ بزوالِ الجميعِ.

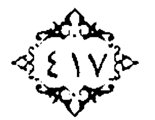
قال: ومَن حلَف لَيَصعَدَنَّ السماءَ، أو لَيَقلِبَنَّ هذا الحجَرَ ذهبًا. انعقدَت يمينُه وحَنِث عَقِيبَها.

والأصلُ في هذا لأن اليمينَ عقدٌ، والعقدُ لا يَصِحُّ إلا بمعقودٍ عليه موجودًا أو مُتوهَّمًا؛ ألا تَرى أن بيعَ الأعيانِ المباحةِ جائزٌ لوجودِ المعقودِ عليه، وكذلك بيعُ المدبَّرِ جائزٌ مُنعَقِدٌ؛ لأن المعقودَ عليه مُتوهَّمٌ دخولُه في العقدِ.

وإذا ثبَت هذا، قلنا: الصعودُ إلى السماءِ، وقلبُ الحجَرِ ذهبًا مُتوهَّمٌ وجودُه؛ لأن ذلك مما يدخُلُ تحتَ قدرةِ قادرٍ، وقد صَعِد الأنبياءُ عَلَيۡهِمُ ٱلسَّلَامُ السماءَ، والملائكةُ تَصعَدُ أيضًا، وإنما يَنقُصُ[1] قُدَرُ[2] غيرِهم عن ذلك، وإذا كانت اليمينُ

(١) رسمت بغير نقط أوله في (أ، ض، ظ)، وفي (أ٢): «تنقص»، وفي (ش): «ينتقص».

(٢) في (ح، غ، ي): «قدرة».



مُتوهَّـمٌ[1] وجـودُ المحلوفِ عليه[2] فيها انعقدَت، وإنما حَنِث عَقِيبَها؛ لأن البِرَّ ليس له وقتٌ مُنتَظَرٌ؛ لأن اللَّهَ تعالى لم يُجرِ[3] العادةَ أن يُفعَلَ ذلك في غيرِ زمنِ الأنبياءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، فحَنِث في يَمِينِه لتحقُّقِ عدمِ شرطِ البِرِّ.

قال: ومَن حلَف لَيَقضِيَنَّ فلانًا دَينَه اليومَ. فقَضـاه، ثُم وجَد فلانٌ بعضَها زُيُوفًا، أو نَبهَرجةً[4]، أو مُستَحَقَّةً لم يَحنَثِ الحالِفُ، وإن وجَدها رَصاصًا أو سَتُّوقةً[5] حَنِث.

وذلك لأن الزيوفَ والنبهرجةَ مِن جنسِ الجِيادِ بدليلِ أنه يَجوزُ أخذُها في ثمنِ الصَّرفِ، وإذا كان كذلك يَقَعُ بها الاقتضاءُ والاستيفاءُ فبَرَّ في يمينِه، وكذلك المستحقَّةُ يَقَعُ بها القضاءُ؛ وإنما يَنفَسِخُ فيه القبضُ بعدَ ذلك لعدمِ الإجازةِ، وإذا وقَع به القضاءُ بَرَّ في يمينِه، وليس كذلك الرَّصاصُ والسَّتُّوقةُ؛ لأنها ليست مِن جنسِ حقِّه، ولا يَجوزُ التجوُّزُ بها في ثمنِ الصرفِ فلم يَقَع به القضاءُ، فحَنِث في يمينِه إذا خرَج اليومَ ولم يَدفَع غيرَها.

قال: ومَن حلَف لا يَقبِضُ دَينَه دِرهمًا دُونَ دِرهمٍ فقبَض بعضَه لم يَحنَث حتى يَقبِضَ جميعَه مُتفرِّقًا.

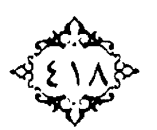
(١) في (أ٢): «متوهَّمًا»، وفي (ر): «تتوهَّم»، وفي (ض): «متوهَّمة»، وفي (ظ، غ): «يتوهَّم».

(٢) في (ح): «عليهم»، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة.

(٣) رسمت بغير نقط أوله في (أ، أ٢، س، ظ، غ)، وفي (ض): «تجر».

(٤) يقال: دراهم بهرجة، ونبهرجة: هو الدرهم الذي فضته رديئة، وقيل: الذي الغلبة فيه للفضة. ينظر: «الزاهر في معاني كلمات الناس» (٢/ ٧٥)، و«المغرب» (ص ٥٣).

(٥) الستوق: بفتح السين وضمها مشددة التاء، فارسي معرب، وفارسيته سه تاه، وهو على صورة الدراهم وليس له حكمها إذ جوفه نحاس، ووجهاه جعل عليهما شيء قليل من الفضة لا يخلص. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٩).



وذلك لأن اليمينَ على أن لا يَقبِضَ جميعَه متفرِّقًا، فإذا قبَض بعضَه فلم يُوجَدِ المحلوفُ عليه فلم يَحنَث، فإذا قبَض الجميعَ متفرِّقًا حَنِث لوجودِ الشرطِ، وهو قبضُه متفرِّقًا.

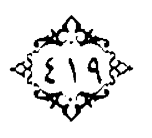
قال: وإن قبَض دَينَه في وَزنَتَينِ لم يَتشاغَل بينَهما إلا بعملِ الوزنِ لم يَحنَث وليس ذلك بتفريقٍ.

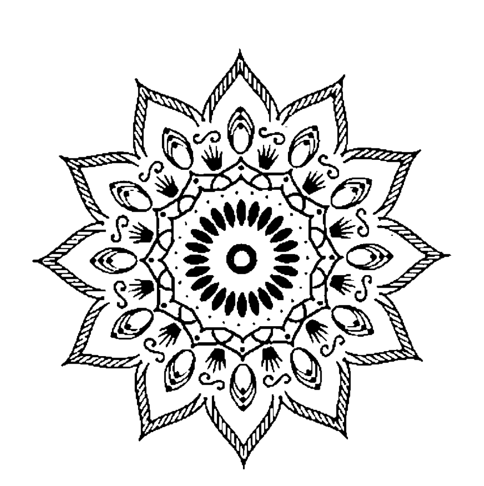
لأن اليمينَ في العادةِ على الأخذِ في حالةٍ واحدةٍ، وأن تفريقَ الوزنِ ليس بتفريقٍ، يُبَيِّنُ ذلك أن المالَ قد يكونُ كثيرًا، فلا يُمكِنُ وزنُه في كِفَّةٍ واحدةٍ، ولا يُعَدُّ ذلك تفرِيقًا.

قال: ومَن حلَف لَيَأتِيَنَّ البصرةَ. فلم يأتِها حتى مات حَنِث في آخِرِ جُزءٍ مِن أجزاءِ حياتِه.

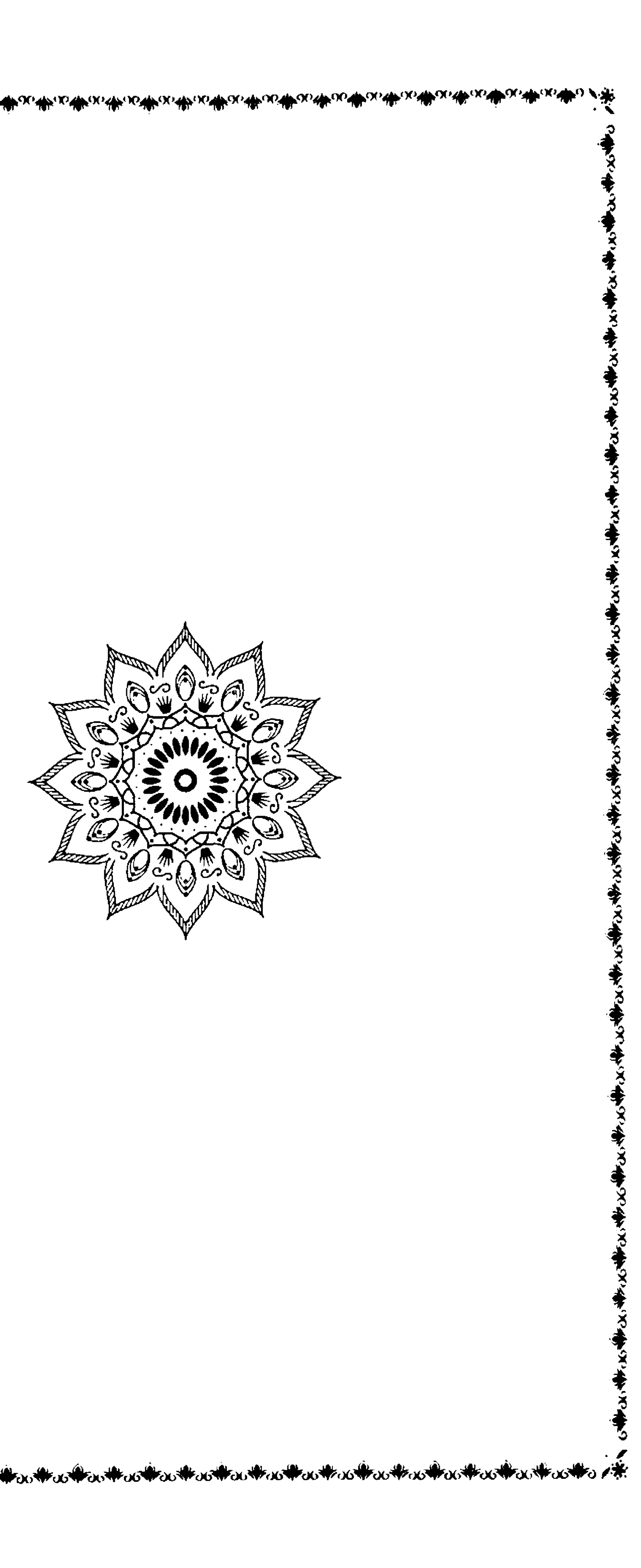
وهذا مبنيٌّ على أصلٍ، وهو أن اليمينَ المطلَقةَ منعَقِدةٌ في الحالِ، فمتى فات شرطُ البرِّ حَنِث فيها، وفي مسألتِنا شرطُ البرِّ مُنتَظَرٌ وجودُه، فإذا صار في آخِرِ جزءٍ مِن أجزاءِ حياتِه ففي ذلك الوقتِ تعذَّر شرطُ البرِّ في يمينٍ منعقدةٍ فحَنِث فيها، وليس كذلك اليمينُ المؤقَّتةُ؛ لأنها تنعقِدُ بآخِرِ الوقتِ، فمتى تعذَّر الفِعلُ قبلَ الانعقادِ لم يَحنَث، وذلك مثلُ أن يقولَ: إن لم أدخُل هذه الدارَ اليومَ فعبدِي حُرٌّ. فإن خرَج اليومُ قبلَ أن يدخُلَ حَنِث وعتَق العبدُ، ولو مات قبلَ خروجِ اليومِ لم يَعتِقِ العبدُ.

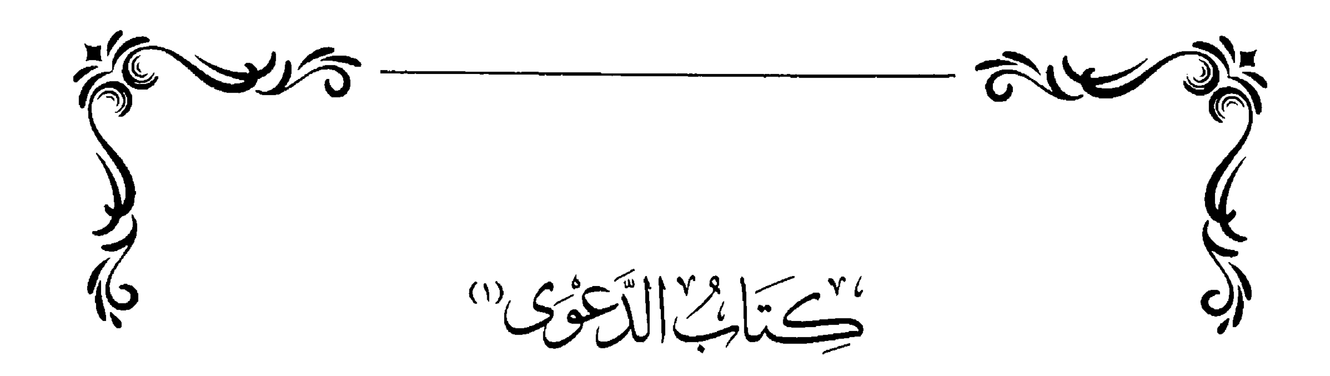
والله أعلم





كِتَابُ الدَّعْوَى





كتاب الدَّعوى[1]

الدَّعْوَى في اللغةِ: قولٌ يَقْصِدُ به الإنسانُ إيجابَ حقٍّ على غيرِه.

وإطلاقُ الاسمِ في الشرعِ يَتناوَلُ مَن ادَّعى شَيئًا لا دِلالةَ عليه، بدليلِ أن مَن أقام البينةَ لا يُقالُ له مُدَّعٍ.

والدليلُ على ثبوتِ الدعوى وتعلُّقِ الحكْمِ بها: ما روَى ابنُ أبي مُلَيْكَةَ، عن ابنِ عباسٍ، عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وأَمْوالَهُمْ، ولكنِ اليمينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ»[2]. وفي خبرٍ آخَرَ: «لَكِنِ البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ»[3].

وهذا الخبرُ وإن كان من أخبارِ الآحادِ إلَّا أنه قد صار في حكْمِ خبرِ التواتُرِ؛ لأن الأمةَ قد اتَّفَقتْ على العملِ بموجَبِه لأجْلِه، وقد أفادنا هذا الخبرُ أن المدعِي غيرُ المدَّعَى عليه؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خصَّ كلَّ واحدٍ منهما بحكْمٍ أفرَده به، ولأن إفرادَ كلِّ واحدٍ منهما باسمٍ يدُلُّ على أن أحدَهما غيرُ الآخَرِ، وإذا

(١) في (ل): «كتاب الدعوى والبينات». (٢) أخرجه البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١).

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٤١) من طريق محمد بن عبيد اللَّه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد اللَّه العرزمي يضعَّف في الحديث من قبل حفظه، ضعَّفه ابن المبارك وغيره». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٩٠، ٣٩١)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ٢٠٨)، و«الدراية» (٢/ ٢٨٤).



ثبَت أن أحدَهما غيرُ الآخَرِ احتَجْنا إلى بيانِ كلِّ واحدٍ منهما.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **المُدَّعِي مَن لا يُجبَرُ على الخصومةِ إذا تَركها، والمدَّعَى عليه مَن يُجْبَرُ على الخصومةِ.**

وهذا الذي ذكَره حَدٌّ صحيحٌ عامٌّ، ومِن أصحابِنا مَن قال: المدعِي مَنِ الْتَمَس غيرَ الظاهِرِ، والمدَّعَى عليه مَن تمسَّك بالظاهِرِ، وهو أيضًا حَدٌّ عامٌّ[1].

قال: ولا تُقبَلُ الدَّعْوى حتى يَذْكُرَ شيئًا معلومًا في جنسِه وقَدْرِه.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، والدعْوى على ضَرْبَيْنِ، صحيحةٌ وفاسدةٌ، والأحكامُ تتعلَّقُ بالدعوى الصحيحةِ دُونَ الفاسدةِ.

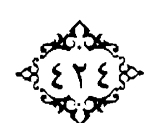
والدعوى الفاسدةُ: ما لا يَلْزَمُ المدعَى عليه حكْمُها، مثْلُ أن يَدَّعِيَ عليه أنه قد وكَّله فهو فاسِدٌ؛ لأنه لو صحَّ ما يدَّعِيه كان للمدَّعَى عليه إبطالُ الوكالةِ فلا مَعْنى لمسألَتِه عنها، وكذلك إذا ادَّعى شيئًا مجهولًا فإن القاضِيَ لا يَسْمَعُ هذه الدَّعْوى، ولا يُكلَّفُ المدَّعى عليه الجوابَ عنها؛ لأنه إن أنكَر لم يَصِحَّ إقامةُ البينةِ عليها مع الجهالةِ، وإن نكَل المدَّعَى عليه عن اليمينِ لم يُمْكِنِ القضاءُ عليه بما لا يُعْرَفُ، فسقَطَتِ الدَّعْوى.

قال: فإن كانتْ عينًا في يَدِ المدَّعَى عليه، كُلِّف إحضارَها ليُشِيرَ إليها بالدعْوى.

وذلك لأن الدَّعْوى من حكْمِها أن تَقَعَ في معلومٍ، والمنقولاتُ لا تُضْبَطُ

---

(1) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ١٦٣، ٢٩٣)، و«التجريد» (١١/ ٥٨٠٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٥).



بالصفةِ، فوجَب إحضارُها لِتقَعَ الدَّعْوى على عينِها.

قال: وإنْ لم تكُنْ حاضِرةً ذكَرَ قِيمَتَها.

لأنه لما تعذَّر مشاهدةُ عينِها وجَب أن يَذْكُرَ قيمتَها لِتَقَعَ الدعوى على معلومٍ.

قال: وإن ادَّعى عقارًا حدَّده، وذكَر أنه في يدِ المدَّعَى عليه، وأنه يُطالِبُه به.

وذلك لأن العقارَ يَصِيرُ معلومًا بالتحديدِ فتَقَعُ الشهادةُ على معلومٍ، يُبَيِّنُ ذلك أنه لو وقعتِ الدعوى في غيرِ محدَّدٍ لم تَصِحَّ حتى يَحْضُرَ الحاكِمُ عندَ الأرضِ فيَسْمَعَ الدعوى على عينِها، ويُشِيرَ الشهودُ إليها بالشهادةِ.

وكذلك قال أصحابُنا المتأخِّرُون في المنقولاتِ التي يتعذَّرُ نقلُها، كالأرحية والحجارةِ إن شاء الحاكِمُ حضَر عندَها، وإن شاء بعَث بأَمِينٍ؛ لأنها لا تُضْبَطُ بالحدودِ ويَشُقُّ نقلُها، فيَسْمَعُ الشهادةَ على عينِها[1].

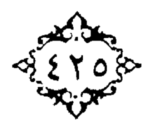
وأما قولُه: وذكَر أنه في يدِ المدَّعى عليه؛ لأنه إذا لم يكن في يدِه فلا خصومةَ بينَهما.

وقوله: أنه يطالبه؛ لأن المطالبةَ حقٌّ للمدَّعِي، فليس للقاضِي فِعْلُه إلا بمسألةِ صاحبِ الحقِّ.

قال: وإن كان حقًّا في الذِّمَّةِ ذكَر أنه يُطالِبُه به.

وذلك لأن الدَّعْوى تَقَعُ فيما في الذِّمَّةِ، وقد حضَر صاحبُ الذِّمَّةِ، فلم يَبْقَ من جملةِ الدَّعْوى إلا أن يَذْكُرَ أنه يُطالِبُه به.

(١) ينظر: «البناية» (٩/ ٣١)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٩٢).



قال: وإذا صحَّتِ الدعْوَى سأل القاضي[1] المدَّعى عليه عنها.

وجملةُ ما يُقالُ في هذا الموضعِ: أن الدَّعْوى إذا صحَّتْ تعلَّق بها أحكامٌ:

منها: لزومُ المدَّعى عليه حضورُ مجلسِ الحكْمِ، وقد دلَّ على ذلك قولُه تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]. والذمُّ على الامتناع من الحضورِ يدُلُّ على وجوبه.

ورُوِي عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «أن امرأةَ الوليدِ بنِ عُقبةَ جاءَتْ إلى النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تدَّعِي على زوجِها وتَسْتَعْدِيه عليه[2]، فأَعْداها وأَعْطاها هُدْبةً من ثوبِه[3]، كهيئةِ العدوى[4] فجاءَتْ به»[5]، ولأن الحكَّامَ يُحْضِرُون الناسَ بمجرَّد الدعوى في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نكيرٍ.

---

(١) في (أ٢): «الحاكم». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٠)، و«البناية» (٩/ ٣٢١).

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٢): «تستعدي: الاستعداء استفعال من العَدْوَى بفتح العين المهملة، وسكون الدال المهملة، وفتح الواو، والقصر: وهو طلبك إلى والٍ ليعديك على من ظلمك، أي ينتقم منه. يقال: استعديت على فلان الأمير. أي استعنت به. وأعداه عليه: أي أعانه عليه ونصره. فالحاصل أنه طلب المعونة والانتقام، والمعونة نفسها؛ فالنصرة والمعونة هنا أن يسمع كلام المدعي، ويأمر بإحضار خصمه».

(٣) هُدبةُ الثوبِ: طُرَّتُه، مثالُ غُرفة، وضم الدال للإتْباع لغة. «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٥).

(٤) ليس في (ظ).

وقوله: «كهيئة العدوى». أي: كما يعطي القاضي الخاتم أو الطينة لتكون علامة في إحضار المطلوب. ينظر: «المغرب» (٢/ ٤٧).

(٥) أخرجه عبد الله في «زوائد المسند» (١٣٠٤)، والبزار (٧٦٨)، وأبو يعلى (٢٩٤، ٣٥١). قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٢): «ورجاله ثقات». وقال البوصيري في «إتحاف الخيرة» (٤/ ٩٣): «هذا حديث صحيح».



ومنها: لزومُ الجوابِ عن الدَّعْوى إذا حضَر؛ لأن الدَّعْوى لما أوْجَبَتِ الحضورَ فلزومُ الجوابِ أَوْلى.

ومنها: لزومُ اليمينِ له إذا أَنْكَر، وقد دلَّ على ذلك حديثُ ابنِ أبي مُلَيْكَةَ، قال: «كتبْتُ إلى ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وكنتُ عامِلًا، في امرأتَيْنِ كانتا على جدارٍ فجاءتْ إحداهما تَذْكُرُ أن صاحبتَها وجَأَتْها[1] بإشْفَى[2] في يدِها، وليست لها بيِّنَةٌ؟ فكتَب ابنُ عباسٍ: أن يَسأَلَها البينةَ، فإن لم يكن لها بينةٌ فاستَحْلِفْها، واقْرَأْ عليها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]. فإنه بلَغنا أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَو أُعطِيَ الرَّجُلُ بِدَعْواهُ لادَّعَى الرَّجُلُ مَالَ الرَّجُلِ». فاستَحْلَفَها فأَبَتْ أن تَحْلِفَ فأَلْزَمها»[3]. وهذا الخبرُ دلَّ على فوائدَ:

منها: أن الحاكمَ يَسأَلُ المدَّعِي عن البينةِ قبْلَ الاستِحْلافِ.

ومنها: وجوبُ اليمينِ في دَعْوى الجنايةِ.

ومنها: أن القاضِيَ يَجِبُ أن يُعظِّمَ حُرْمةَ اليمينِ، ويَعِظَ المدَّعَى عليه قبْلَ الحَلِفِ، حتى لا يُقْدِمَ على يمينٍ كاذبةٍ.

ومنها: وجوبُ القضاءِ بالنكولِ؛ لأنه قال: «فنكَلَتْ فأَلْزَمها».

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٢): «وَجَأتها: فعل ماض لمؤنثه يقال: وَجَأَتْ بحديدة أو نحوها. إذا ضربته بها، من باب منع». ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٤٢).

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٢، ٢٦٣): «إشْفَى بكسر الهمزة، وسكون الشين المعجمة، وفتح الفاء، والقصر: المِخْرَز والمثقب وآلة الأساكفة. وقال ابن السكيت: الإشْفَى: ما كان لخرز الأساقي والمزاود والقرب وأشباهها؛ والمِخْصَفُ للنِّعَال. قال في التهذيب، والمغرب: جمعه أشافي». ينظر: «إصلاح المنطق» (ص ٢٦٦)، و«تهذيب اللغة» (١١/ ٢٩١)، و«المغرب» (١/ ٤٥٠).

(٣) تقدَّم تخريجه.



وإذا ثبَت أن المدَّعَى عليه يَلْزَمُه الجوابُ عن الدعوى سألَهُ[1] القاضِي عن ذلك؛ لأن الغرَضَ معرفةُ ما يأتِي به من إقرارٍ أو إنكارٍ، فلذلك قدَّم المسألةَ على الدَّعْوى.

قال: فإنِ اعْتَرَف قَضَى عليه بها.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]. يَعْنِي: شاهِدًا، ولأنه غيرُ متَّهَمٍ فيما يُقِرُّ به على نفْسِه، فإذا أقرَّ قُبِل إقرارُه وقُضِي به.

قال: وإن أنْكَر سأَل المُدَّعِي البينةَ.

وذلك لأن من أصلِ أبي حنيفةَ أنه لا يَجوزُ أن يَحْلِفَ المدَّعَى عليه إذا قال المدعِي: لي بَيِّنَةٌ حاضِرَةٌ، فلهذا وجَب أن يَسألَه عن البينةِ[2].

قال: فإن أَحْضَرها قَضَى بها.

وذلك لأن البينةَ بها صِدْقُ الدعوى، وأن الحقَّ لازِمٌ له، وإنما لم يُحْكَمْ بمجرَّدِ الدعْوى لأنا لا نُصَدِّقُه، فإذا قامتِ البينةُ فالحكْمُ يَقَعُ بها لا بقولِ المدعِي، فلم يكن فيه تُهْمةٌ.

قال: وإن عجَز عن ذلك، وطلَب يمينَ خصمِه، استُحْلِف عليها.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[3]. ولأن

---

(١) في (أ٢، ح): «يسأله».

(٢) ينظر: «الأصل» (٧/ ٥٧٧)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٠٠)، و«النتف» (٢/ ٧٨٨).

(٣) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢) من طريق ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، وقد تقدَّم تخريجه في أول الكتاب بلفظ آخر.



القاضِيَ منصوبٌ لقطْعِ الخصومةِ، وذلك يكونُ بأحدِ ثلاثةِ معانٍ: الإقرارُ، أو البينةُ، أو اليمينُ.

وقد عُدِمَ الإقرارُ والبينةُ فلم يَبْقَ إلا اليمينُ، وإنما قُلنا لا يَسْتَحْلِفُه إلا بمطالبةِ المدَّعِي؛ لأن اليمينَ حقٌّ له، فتوقَّف استيفاؤُه على مطالبتِه كسائرِ الحقوقِ.

قال: وإن قال لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ. وطلَب اليمينَ لم يُستَحْلَفْ عندَ أبي حنيفةَ.

قال الطحاويُّ: ولم توجدْ هذه الروايةُ عن محمدٍ. وقال أبو يوسفَ: يُسْتَحْلَفُ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن اليمينَ لمَّا لم يتعلَّق بها حكْمٌ مع البينةِ كان حضورُها في المصْرِ بمنزلةِ حضورِها في مجلسِ الحكْمِ، أصلُه الشهادةُ على الشهادةِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن اليمينَ فيها فائدةٌ لجوازِ أن يتعجَّلَ النكولَ فيستَغْنِيَ عن إحضارِ الشهودِ فوجَب أن يُسْتَحْلَفَ.

قال: ولا تُردُّ اليمينُ على المدَّعِي[2].

وقال الشافعيُّ: تُردُّ اليمينُ على المدعِي، فإذا حلَف قُضِي له بالمال[3].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى [4]مَنْ أَنْكَرَ[4]».

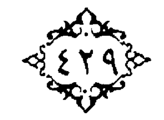
---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٥٣)، و«المبسوط» (٢٠/ ٧٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٦)، و«الهداية» (٣/ ١٥٥)، و«العناية» (٨/ ١٧٠)، و«البناية» (٩/ ٣٢٣).

(٢) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٧٩)، و«الأصل» (١٢/ ١٣٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٠٧)، و«المبسوط» (٣٠/ ١٥٤).

(٣) ينظر: «المهذب» (١/ ٣٩٧)، و«بحر المذهب» (١٤/ ١٠٣)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٠).

(٤-٤) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «المدعى عليه». والحديث قد تقدَّم تخريجه.



والألِفُ واللَّامُ للجنسِ، وظاهِرُه يقتَضِي أن لا بينةَ إلا في جَنْبَةِ[1] المدعِي، ولا يمينَ إلا في جنبةِ[2] المدَّعَى عليه، ولأن هذا الكلامَ خرَجَ مخرجَ التمْييزِ والتفصيلِ، فلا يَجوزُ أن ينتَقِلَ حكْمُ أحدِهما إلى الآخَرِ، وذلك كقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الوَلَدُ لِلْفِراشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»[3]. وقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البِكْرُ تُسْتَأْمَرُ في نفْسِها، وَالثَّيِّبُ تُشَاوَرُ»[4]. ولقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ»[5]. فمَن أَثْبَتَ أمرًا ثالثًا فقد خالَفَ ظاهرَ الخبرِ، ولأنها يمينٌ فلا يُستَحَقُّ بسببِها مالٌ، أصلُه يمينُ المدَّعَى عليه.

فإن قيل: رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ردَّ اليمينَ المدعى»[6].

قيل له: يَجوزُ أن يكونَ المدَّعَى عليه ادَّعى القضاءَ، وفي مثْلِ هذا الموضعِ تُردُّ اليمينُ على المدعِي، **فإن قيل:** رُوِي: «أن عثمانَ اقترَض مالًا من المقدادِ،

(١) في (ش): «جانب»، وفي (غ): «جنب»، وفي (ي): «جهة». والجنبة: الناحية. ينظر: «النهاية» (١/ ٣٠٣).

(٢) في (غ): «جنب»، وفي (ي): «جهة».

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٥٣)، ومسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة. وأخرجه البخاري (٦٨١٨)، ومسلم (١٤٥٨) من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه أحمد (٧١٣١)، وابن المنذر (٧١٨٩) من حديث أبي هريرة. دون قوله: «في نفسها».

(٥) أخرجه البخاري (٢٥١٦)، ومسلم (١٣٨) من حديث الأشعث بن قيس. دون قوله: «ليس لك إلا ذلك». وأخرجه مسلم (١٣٩) من حديث وائل بن حجر، بلفظ: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه... ليس لك منه إلا ذلك».

(٦) أخرجه الدارقطني (٤٤٩٠) من طريق إسحاق بن الفرات، عن الليث بن سعد، عن نافع، عن ابن عمر، بلفظ: «رَدَّ اليمينَ على طالبِ الحقِّ». قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٣٥٥): «إسحاق ضعيف». وقال الذهبي في «تنقيح التحقيق» (٢/ ٣٢٦): «فيه مجاهيل».



ثُمَّ اختلَفا في قدْرِه، فتحاكما إلى عمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فأراد أن يُحَلِّفَ المقدادَ، فقال المقدادُ: بل يَحْلِفُ عثمانُ. فامْتَنَع»[1].

قيل له: رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه حضَر مجلِسَ شُرَيْحٍ وهو يَقْضِي، فطلَب الخصمُ رَدَّ اليمينِ، فامْتَنَع شُرَيحٌ من الردِّ، فقال له عليٌّ: هذا هو الحقُّ»[2].

والذي رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للأنصارِ في قصةِ عبدِ اللَّهِ بنِ سهلٍ لمَّا وُجِد قَتِيلًا بخيبرَ: «أَتَحْلِفُون وتَسْتَحِقُّونَ دمَ صاحِبِكُمْ»[3]. فلا دليلَ فيه؛ لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك على سبيلِ الإنكارِ عليهم، بدليلِ أن اليمينَ عندَ المخالِفِ لا تُردُّ على المدعِي إلا بعْدَ أن يَمْتَنِعَ المدَّعَى عليه، واليهودُ لم يَمْتَنِعُوا من اليمينِ وإنما قالتِ الأنصارُ: «لا نَرْضَى بأيمانِهم». فدَلَّ على[4] أن الكلامَ خرَج على وجْهِ الإنكارِ.

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٢٠/ ٢٣٧) (٥٥٩)، والبيهقي (١٠/ ١٨٤) من طريق الشعبي: «أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف...الحديث». قال البيهقي: «هذا إسناد صحيح إلا أنه منقطع».

(٢) أخرج القصة مطوَّلة البيهقي (١٠/ ١٣٦) من طريق جابر الجعفي، عن الشعبي. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٥٩٨): «في إسناد هذا الحديث ضعفاء». وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/ ٣٥٥): «فيه عمر بن شمر عن جابر الجعفي، وهما ضعيفان، وقال ابن الصلاح في الكلام على أحاديث «الوسيط»: لم أجد له إسنادًا يثبت، وقال ابن عساكر في الكلام على أحاديث «المهذب»: إسناده مجهول». ينظر: «شرح مشكل الوسيط» (٤/ ٣٧٣، ٣٧٤)، و«شذرات الذهب» (١/ ٣٢١)، و«تاريخ الخلفاء» للسيوطي (ص١٥٧).

(٣) أخرجه البخاري (٧١٩٢)، ومسلم (١٦٦٩).

(٤) من (أ٢، ض).



قال: ولا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صاحبِ اليدِ في المِلْكِ المُطْلَقِ[1].

وقال الشافعيُّ: بينةُ صاحبِ اليدِ أَوْلى إذا أقام الخارجُ البَيِّنَةَ[2].

لنا: أن الخارجَ هو المدَّعِي بدليلِ أنه يَدَّعِي خلافَ الظاهِرِ، ولأنه لا يُجْبَرُ على الخصومةِ إن تركها، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[3]. فاقتضى ذلك أن كلَّ بينةٍ تثبُتُ في حقِّ المدعِي، فلم يَبْقَ بَيِّنَةٌ تثْبُتُ في جَنْبَةِ المدَّعَى عليه.

ولأنه أقام البينةَ على ما شَهِد له ظاهرُ يدِه فلم تُقْبَلْ، كما لو أقامها ابتداءً ولم يُقِمِ الخارجُ البينةَ، ولا تَلْزمُ البينةُ بالتاريخِ؛ لأن الظاهِرَ لا يدُلُّ على تقدُّمِ الملْكِ فقد أقام البينةَ على معْنًى لا يدُلُّ عليه ظاهِرُ يدِه، وكذلك البينةُ على النِّتاجِ.

فإن قيل: البينةُ وُضِعتْ في جَنْبَةِ مَن ضعُف سببُه، ولهذا وُضِعتِ ابتداءً في جَنْبَةِ الخارجِ لضعْفِ سببِه، فإذا أقام الخارجُ البينةَ ضعُف سببُ صاحبِ اليدِ فقُبِلتْ بينتُه.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن البيناتِ وُضِعتْ في جَنْبَةِ مَن ضعُف سببُه، وإنما وُضِعتْ في جَنْبَةِ المدعِي، فلهذا وُضِعتِ البينةُ في جَنْبَةِ الخارجِ؛ لكونِه مُدَّعِيًا لا لِضَعْفِ سببِه، ثُمَّ هذا يَبْطُلُ به[4] إذا قُضِي ببينةِ الخارِجِ، ثُمَّ أقام صاحبُ اليدِ البينةَ أنها لا تُقْبَلُ مع ضعْفِ سببِه.

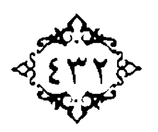
---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٩٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٣)، و«الهداية» (٣/ ١٥٧)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٩٣)، (٨/ ٤٦٠).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٣٠٢)، و«المهذب» (٣/ ٤١٥)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤٤١).

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) في (٢): «بما»، وفي (ش): «إذا».



قال: وإذا نكَل المُدَّعَى عليه عن اليمينِ، قُضِي عليه بالنكولِ، ولَزِمه ما ادُّعِي عليه[1].

وقال الشافعي: لا يَجوزُ القضاءُ بالنُّكُولِ[2].

لنا: إجماعُ الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك، ورُوِي: «أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضَى بالنكولِ»[3]، ورُوِي: «أن ابنَ عمرَ، وزيدَ بنَ ثابتٍ اختصما إلى عثمانَ وقضَى بالنكولِ»[4]، وعن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنه قضَى بالنكولِ» في حديثِ ابنِ أبي مُلَيْكَةَ الذي بيَّنَّاه[5]، ولم يُنْقَلْ عن أحدٍ خلافُ ذلك، ولأنه لا يَخْلُو إما أن يَرُدَّ اليمينَ على المدعِي، أو يَحْبِسَ كما قال مالكٌ[6]، أو يَقْضِي بالنكولِ.

فأما ردُّ اليمينِ فقد دلَّلْنا على أنه لا يَجوزُ، ولا يَجوزُ أن يُحْبَسَ؛ لأن اليمينَ في الأموالِ ليست نفْسَ الحقِّ، بدليل أنه لو بذَّل المالَ لم يَحْلِفْ، فإذا امْتَنع منها

(١) ينظر: «الأصل» (٨/ ٢٤٣)، (١٠/ ٤٧٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٢٠٥)، (٨/ ٩٥، ٢٣٧)، و«التجريد» (١٢/ ٦٥٥٥، ٦٥٦١)، و«المبسوط» (١٧/ ٣٢).

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ٣٩٧)، و«بحر المذهب» (١٤/ ١٨١)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٤٧).

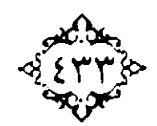
(٣) ينظر: «الأوسط» لابن المنذر (٦٥٧٦).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٣): «النكول بالنون، والكاف، والواو، واللام: يقال: نكل عن الأمر ينكل. إذا امتنع، ونكول الأيمان: الامتناع منها، وترك الإقدام عليها».

(٤) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٤٧٢١، ١٤٧٢٢)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢١٢٠١، ٢١٥٠٤، ٢٢٢٢٦)، و«الأوسط» (٦٥٧٤).

(٥) قال في حاشية (ح): «قدَّمناه».

(٦) ينظر قول مالك في: «المدونة» (٤/ ٤٩٣، ٦٤٣)، و«النوادر والزيادات» (٨/ ١٦٣)، (٩/ ١٩٨)، و«المعونة على مذهب أهل المدينة» (ص٨٦٣، ١٣٤٣).



لم يُحْبَسْ، فلم يَبْقَ إلا القضاءُ بالنكولِ، ولأن البينةَ واليمينَ كلٌّ واحدٍ منهما سببٌ لدفْعِ الخصومةِ، فإذا جاز أن يُفْضِيَ أحدُهما إلى الاستحقاقِ ابتداءً كذلك الآخَرُ.

فإن قيل: مالُ الإنسانِ لا يُستَحَقُّ إلا بإقرارِه، أو بالبينةِ، أو بالإباحةِ، والنكولُ ليس بإقرارٍ؛ لأنه مُنْكِرٌ، ولأنه لا يثبُتُ به القصاصُ والنكاحُ، وليس ببينةٍ بدليلِ أنه لا يثبُتُ به النكاحُ والقصاصُ، وليس بإباحةٍ؛ لأن الناكِلَ كارِهٌ، والإباحةُ لا تثبُتُ مع الكراهةِ.

قيل له: هاهنا قِسْمٌ آخَرُ، وهو أنه في معْنى البدَلِ كالمحاباةِ التي هي قائمةٌ مقامَ البدلِ، ويَجوزُ أن يُجْبِرَ[1] القاضِي على ما هو في معْنى البدَلِ، أصلُه نفقةُ ذي الأرحامِ.

ثم هذا باطلٌ بربِّ المالِ إذا قال للساعِي في الزكاةِ: هذه الإبلُ غيرُ التي كانت عندِي في أوَّلِ الحوْلِ وتلك بعْتُها. أنه يَسْتَحْلِفُه، فإن نكَل قضَى عليه بالزكاةِ مع وجودِ هذه الأقسامِ.

فإن قيل: لو سكَت لم يَحْكُمْ عليه مع وجودِ النكولِ.

قيل له: اختلَفتِ الرواياتُ في ذلكِ، فقال بعضُ أصحابِنا: إذا سكَت، سأل القاضِي عنه: هل به خرَسٌ، أو طرَشٌ؟ فإن قالوا: لا. جعَله ناكِلًا وقضَى عليه.

ومنهم مَن قال: يُحْبَسُ حتى يُجِيبَ. والأوَّلُ هو الصحيحُ[2].

---

(١) في (أ٢، ق): «يخبر»، وفي (ض٢): «يخير»، وغير منقوط في (ض، ض١، ظ).

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٩٦)، و«البناية» (٩/ ٣٢٩)، و«فتح القدير» (٨/ ١٨٠).



قَالَ: ويَنْبَغِي للقاضِي أن يقولَ له: إنِّي أَعْرِضُ عليك اليمينَ ثلاثًا، فإن حلَفْتَ وإلا قَضَيْتُ عليكَ بما ادَّعاه. فإذا كرَّر العَرْضَ ثلاثَ مراتٍ قضى عليه بالنكولِ.

هكذا ذكَر الخصَّافُ، وفي سائرِ الكتبِ المسألةُ على الإطلاقِ(1).

فإن كان هو المذهبَ فوجْهُهُ أن النكولَ عند أبي حنيفةَ قائمٌ مقامَ البدَلِ، فلا يُعْتبَرُ فيه التكرارُ كما لا يُعْتبَرُ في الهبةِ.

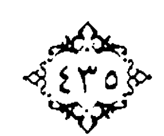
وعلى قولِهما: هو قائمٌ مقامَ الإقرارِ، والإقرارُ لا يُعْتبَرُ فيه التكرارُ أيضًا.

وإن كان المذهبُ ما ذكَره الخصَّافُ فالوجهُ فيه: أن النكولَ أضْعفُ من البدَلِ؛ لأنه قائمٌ مقامَه فجاز أن يَقْوَى بالتكرارِ، ولأن الناكِلَ قد لا يَعْلَمُ حكْمَ النكولِ وما يَلْزَمُه به، ولهذا يقولُ له القاضِي في كلِّ مرَّةٍ: إن لم تَحْلِفْ قضَيْتُ عليكَ. فوجَب أن يُكَرِّرَ ويُعَرِّفَ ما يَلْزَمُه لِيَنْكُلَ أو يَحْلِفَ على عِلْمٍ من ذلك، وإذا حصَل النكولُ لم يتعلَّقْ به الاستحقاقُ إلَّا بمعْنًى آخَرَ يَنْضَمُّ إليه؛ لأنه مختلِفٌ في تعلُّقِ الحكْمِ به فاعْتُبِر حكْمُ الحاكِمِ لِيَزُولَ الخلافُ.

---

(1) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٦)، و«العناية» (٨/ ١٧٩)، و«البناية» (٩/ ٣٢٩).

والخصاف: هو أبو بكر أحمد بن عمر، ويقال: عمرو، بن مهير، ويقال: مهران، الشيباني، من كبار فقهاء المذهب، ومن أوائل الذين نقل عنهم التأليف في المذهب بعد أبي يوسف، ومحمد بن الحسن، والحسن بن زياد، كان فاضلًا فارضًا حاسبًا عارفًا بالمذهب مقدَّمًا عند المهتدي بالله، له كتاب الخيل، والنفقات، وأحكام الوقف، والوصايا، وأدب القاضي، والخراج، والرضاع، والمحاضر والسجلات، والشروط الكبير، وكتاب العصير وأحكامه، توفي (٢٦١هـ). ينظر: «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» للصيمري (ص١٥٨)، و«الفهرست» (ص٢٥٦)، و«تاج التراجم» (ص٩٧)، و«الطبقات السنية» (١/ ٤١٨).



قال: وإن كانتِ الدَّعْوى نِكاحًا لم يُسْتَحْلَفِ المُنْكِرُ؛ لأن عندَ أبي حنيفةَ لا يُسْتَحْلَفُ في النكاحِ، والرجْعةِ، والفَيءِ في الإيلاءِ، والرِّقِّ، والاستيلادِ[1]، والولاءِ، والحدودِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُسْتَحْلَفُ في ذلك كلِّه إلا في الحدودِ[2].

وقد بيَّنَّا هذه المسألةَ فيما تقدَّم، وقد قال الشافعيُّ: يُستَحْلَفُ في ذلك. كما قالا، وزاد فقال: يُستَحْلَفُ في حدِّ القذْفِ[3].

لنا: أن ما لا يُستَوْفى جنسُه بالنكولِ لا يُسْتَحْلَفُ فيه، أصلُه حدُّ الزِّنى.

فإن قيل: ما يثبُتُ بالإقرارِ والشهادةِ يُستَحْلَفُ فيه كالأموالِ.

(٤قيل له٤): وهذا يَبْطُلُ بالحدودِ، والمعْنى في الأموالِ أنه يَصِحُّ بدَلُها من طريقِ الحكْمِ، ومنافعُ البُضْعِ بخلافِه.

قال: وإذا ادَّعى اثنانِ عينًا في يدِ آخَرَ، كلُّ واحدٍ يَزْعُمُ أنها له، وأقاما البينةَ قُضِي بها بينَهما.

وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قولَيْهِ: تهاتَرَتِ[5] البيِّنَتانِ ولا يُقْضى بشيءٍ.

---

(١) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «والنسب»، وهو موافق لما في «العناية» (٨/ ١٨١)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٠)، و«البناية» (٩/ ٣٣٠).

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ١١٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٦، ٢٢٧)، و«الهداية» (٣/ ١٥٦).

(٣) ينظر: «بحر المذهب» (١٤/ ١٨٢)، و«التهذيب» (٨/ ٢٤٥) و«روضة الطالبين» (١٢/ ٣٢).

(٤-٤) من (ش)، وفي (ي): «قيل».

(٥) في (أ٢، ر، ش، ل): «يتهاتر»، وفي (ح): «تتهاتر»، ورسم بغير نقط أوله في (ض، ظ، ع). وتهاترت الشهادات: تساقطت وبطَلت. ينظر: «المغرب» (ص٤٩٩).



وفي قولٍ آخَرَ: كيفَ يَعْمَلُ القاضِي؟ فيه ثلاثةُ أقوالٍ:

أحدُها: مثلُ قولِنا. والآخَرُ: يُوقَفُ أبدًا حتى يُعْلَمَ. والثالثُ: يُقْرَعُ بينَهما فمَن خرَجتْ قُرعتُه قُضِيَ له[1].

لنا: حديثُ تميمِ بنِ طَرَفَةَ: «أن رجلَيْنَ اختَصما إلى رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ناقةٍ، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنها له، فقضَى رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَهما نِصْفَيْنِ»[2]، ولأنهما تَساوَيا في سببِ الاستحقاقِ فيما يَصِحُّ قسمتُه، فوجَب أن يكونَ بينَهما، كما لو أقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ أن الميتَ أوْصَى له بالثلثِ.

فإن قيل: روَى سعيدُ بنُ المسيِّبِ: أن رجلَيْنِ اختصما إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في شيءٍ، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ، فأَقْرَع بينَهما، وقال: «اللَّهُمَّ أَنْتَ الحَكَمُ بَيْنَهُمَا»[3].

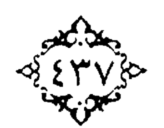
قيل له: هذا كان في بدْءِ الإسلامِ، ثُمَّ نُسِخ لمَّا حُرِّم القِمارُ وتعليقُ الاستحقاقِ بالخَطَرِ، يُبيِّنُ ذلك ما رُوِي أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «تنازع ثلاثةٌ في ولدٍ على

---

(١) ينظر: «المهذب» (٣/ ٤١٣)، و«التهذيب» (٨/ ٣٢٣)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٥١).

(٢) أخرجه ابن المنذر (٦٦٠٥)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٧٥٨)، والبيهقي (١٠/ ٢٥٨، ٢٥٩). قال ابن المنذر: «فإن اعتل معتل بخبر تميم بن طرفة، فذلك خبر غير ثابت؛ لأنه مرسل». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٠٨، ١٠٩)، و«البدر المنير» (٩/ ٦٨٩، ٦٩٣)، و«الدراية» (٢/ ١٧٨، ١٧٩).

(٣) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٩٨)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٧٥٩)، والبيهقي (١٠/ ٢٥٩). وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٠٨)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٤٠٩، ٤١٠)، و«البدر المنير» (٩/ ٦٩٥، ٦٩٦)، و«الدراية» (٢/ ١٧٨).



عهْدِ رسولِ اللَّه صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فأَقْرَع بينَهم»[1]. ثُمَّ رُوِي: «أنه تنازع إليه اثنانِ بعْدَ النبيِّ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في ولد، فقضَى به بينَهما ولم يُقْرِعْ»[2]. فدَلَّ على أنه عرَف النسخَ، ولأنه يَجوزُ أن يكونا تنازعا في قَسْمِ كلِّ واحدٍ منهما بعينِه، فأعاد القُرْعةَ بحكْمِ القِسمةِ لمَّا بطَل التعْيينُ.

فإن قيل: البينتانِ إذا جُمِع موجَبُهما اقتَضَى أن يكونَ الملْكُ لأحدِهما بغيرِ عينِه؛ لأنا نَعْلَمُ أن الدارَ لا تكونُ لكلِّ واحدٍ منهما، فصار كأنهم شَهِدُوا أن الدارَ مِلْكًا لأحدِ هذَيْنِ فلا تُقْبَلُ.

قيل له: بل كلُّ واحدةٍ شَهِدتْ بمعيَّنٍ، فلا يَجوزُ أن يُجْعَلَ بمنزلةِ الشهادةِ بمجهولٍ، وإن كان ذلك مُوجَبَ البينتَيْنِ إذا اجْتَمَعتا، ألا تَرى أن شاهِدَيْنِ لو شَهِدا أن هذا ابنُ فلانٍ الميتِ لا وارِثَ له غيرُه، وشَهِد آخرانِ أن هذا ابنُ فلانٍ لا وارثَ له غيرُه، كان المالُ بينَهما نِصْفَيْنِ، وإن كان مُوجَبُ البينتَيْنِ إذا اجْتَمَعتا ما ذُكِر، كذلك هذا.

قال: وإنِ ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما نكاحَ امرأةٍ وأقام بينةً، لم يُقْضَ بواحدةٍ من البيِّنتَيْنِ، ورُجِع[3] إلى تصديقِ المرأةِ لأحدِهما.

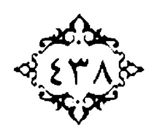
وذلك لأن هذا مِمَّا لا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ والقِسْمةُ فيُقْضَى[4] به، وليستْ

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٦٩، ٢٢٧٠)، والنسائي (٣٤٨٨- ٣٤٩١)، وابن ماجه (٢٣٤٨) من طرق عن علي أنه قضى بذلك، وأقرَّه النبي صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ. وينظر: «مشكل الآثار» (١٢/ ٢١٠، ٢١٣)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (١٠/ ٢٦٦، ٢٦٨).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٤٧٣)، وابن أبي شيبة (٣٢١١٧، ٣٢١١٨).

(٣) في (ر): «يرجع».

(٤) في (أ، أ٢، س): «فقضى».



إحدى البينتَيْنِ أَوْلى من الأخرى فسقَطَتا، وبَقِي مجرَّدُ دعْوى النكاحِ على المرأةِ فيُرجَعُ[1] إلى تصديقِها؛ لأن النكاحَ يُحْكَمُ به إذا وقَع عليه التصادُقُ من الزوجينِ.

قال: وإن ادَّعى اثنانِ كلُّ واحدٍ منهما أنه اشْتَرى منه هذا العبدَ وأقام بينةً، فكلُّ واحدٍ منهما بالخيارِ؛ إن شاء أخَذ نصفَ العبدِ بنصفِ الثمَنِ، وإن شاء ترَك.

وذلك لأنا لا نَحتاجُ إلى إثباتِ مِلْكِ البائعِ وإنما نَحتاجُ إلى إثباتِ مِلْكِها بالعقدِ، وكلُّ واحدٍ من العقدَيْنِ معْنًى حادِثٌ، وكلُّ أمرَيْنِ حادِثَيْنِ لا يُعْلَمُ تاريخُ ما بينَهما يُحْكَمُ بوقوعِهما معًا كالغَرْقَى، وإذا حُكِم بوقوعِهما معًا تَساوَيا في سببِ الاستحقاقِ على وجْهٍ لم يَتبَيَّنْ كَذِبُ إحدى البينتَيْنِ، والشيءُ مِمَّا يَصِحُّ الاشتراكُ فيه، فتَساوَيا في نفْسِ الاستحقاقِ كإقامةِ البينةِ على النسَبِ والوصيةِ.

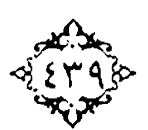
فإن قيل: البيعُ لا يَصِحُّ من كلِّ واحدٍ منهما، فقد بيَّنَّا كَذِبَ إحدى البينتَيْنِ.

قيل له: الشهودُ لا يَشْهَدُون بصحةِ البيعِ وإنما يَشْهَدُون بالعقدِ، وليس يَمْتَنِعُ أن يُشاهِدَه كلُّ فريقٍ ببيعٍ من واحدٍ، أو يكونَ قد وكَّل اثنَيْنِ بالبيعِ كلَّ واحدٍ على الانفرادِ، فباع الوكيلانِ معًا كلُّ واحدٍ منهما من واحدٍ، ولم يتقدَّمْ أحدُ العقدَيْنِ على الآخَرِ، وإنما قلنا كلُّ واحدٍ منهما بالخيارِ؛ لأنه دخَل في الشراءِ لِيَسْلَمَ له جميعُ المبيعِ من غيرِ شركةٍ، والآنَ لا يَسْلَمُ له إلا مع الشركةِ وهي عيبٌ، فإن شاء الْتَزَم العقدَ مع ذلك، وإن شاء ترَك.

قال: فإن قضَى القاضِي به بينَهما فقال أحدُهما: لا أختارُ. لم يكن للآخَرِ أن يأْخُذَ جميعَه.

---

(١) في (أ، ع، غ، ل): «فرجع».



وذلك لأن القاضِيَ لمَّا حكَم بالبيعِ بينَهما وخيَّرهما فقد فُسِخ العقدُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما في النصفِ، فلا يَعُودُ إلا بتجديدِ عقدٍ، وهذا كما نقولُ في الشفيعَيْنِ إذا قضَى القاضِي بالدارِ بينَهما، ثُمَّ ترَك أحدُهما الشفعةَ لم يكن للآخَرِ أن يأْخُذَ نصيبَه؛ لأن القاضِيَ قد أَبْطَل شفعةَ كلِّ واحدٍ منهما فيما قضَى به للآخَرِ، فأما إذا اختار أحدُهما تركَ الخصومةِ قبْلَ تَخْيِيرِ الحاكِمِ فللآخَرِ أن يأْخُذَ الجميعَ؛ لأن حقَّه ثبَت في الجميعِ بالعقدِ، وإنما سقَط عن بعضِه[1] بالمزاحمةِ، وقد زالتْ والعقدُ بحالِه فكان حقُّه بحالِه، وهذا كالشفيعَيْنِ إذا سلَّم[2] أحدُهما قبْلَ قضاءِ القاضِي كان جميعُ ذلك للآخَرِ، كذلك هذا.

قال: وإن ذكَر كلُّ واحدٍ منهما تاريخًا فهو للأوَّلِ منهما.

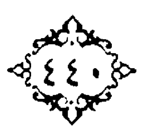
لأنا إذا حكَمْنا بالبيعِ للأوَّلِ ملَكه المشتَرِي فصار البائعُ بعْدَ ذلك بائعًا لملْكِ غيرِه فلم يَجُزْ بيعُه، ولو وُقِّتتْ إحدى البينتَيْنِ، ولم تُوَقَّتِ الأخرى كان لصاحبِ الوقتِ لِما بيَّنَّا أنا لا نَحتاجُ إلى إثباتِ ملْكِ البائعِ، وإنما نَحتاجُ إلى إثباتِ ملْكِهما، وقد علِمْنا تقدُّمَ ابتياعِ صاحبِ التاريخِ على وقتِ الدعْوى، فبَقِي مع الآخَرِ مَعْنًى حادِثٌ لا نَعْلَمُ تاريخَه فنَحْكُمُ به في الحالِ، فيكون الذي قبْلَه أَوْلَى.

قال: وإن لم يَذْكُرا تارِيخًا، ومع أحدِهما قبْضٌ فهو أَوْلى.

وذلك لأن أمورَ المسلِمِينَ محمولةٌ على الصحةِ والجوازِ ما أَمْكَن، فلا يَجوزُ حمْلُ هذا القبضِ على الغصْبِ فبَقِي أن يُحْمَلَ على قبضِ بيعٍ، والقبضُ

(١) في (أ٢): «البعض».

(٢) في (ي): «أسلم».



مَعْنًى حادِثٌ، والبيعُ مَعْنًى حادِثٌ، فحُكِم بوقوعِهما معًا، فصار قبضُ أحدِهما مع بيعِ الآخَرِ، والقبضُ يَصْدُرُ عن عقْدٍ فصار عقْدُ صاحبِ القبضِ مقدَّمًا من طريقِ الحكْمِ فكان أَوْلى.

قال: وإن ادَّعى أحدُهما شراءً (1 وقبْضًا 1)، والآخَرُ هِبةً وقبْضًا، وأقاما بينةً ولا تاريخَ معهما، فالشراءُ أَوْلى.

وذلك لأن الشراءَ والهبةَ كلُّ واحدٍ منهما معْنًى حادِثٌ لا يُعْلَمُ تاريخُه، فيُحْكَمُ بوقوعِهما معًا كالغَرْقى، وإذا وقَعا معًا تعلَّق الاستحقاقُ بعقدِ البيعِ، ولم يتعلَّق بعقدِ الهبةِ حتى يَنْضَمَّ إليه القبْضُ، فكان البيعُ أسبَق نَفاذًا فكان أَوْلى.

قال: وإن ادَّعى أحدُهما الشراءَ، وادَّعتِ امرأةٌ أنه تزوَّجها عليه فهما سواءٌ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي يوسفَ، ويكونُ بينَهما نِصْفَيْنِ، وقال محمدٌ: الشراءُ أَوْلى[2].

وجْه قولِ أبي يوسفَ: أن البيعَ والنكاحَ متساويانِ في أن الملْكَ يَقَعُ بنفسِ العقدِ ويتعلَّقُ به الضمانُ، فصار كالبَيْعَيْنِ.

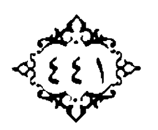
وجْهُ قولِ محمدٍ: أن من أصلِه أن تصحيحَ البيناتِ ما أَمْكَن أَوْلى حُسْنُ[3] ظنٍّ[4] بالشهودِ، ومتى حكَمْنا بتقدُّمِ البيعِ صحَّ وصحَّتِ التسميةُ في النكاحِ،

(1-1) ليس في (نسخة مختصر القدوري). وينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٨)، و«العناية» (٨/ ٢٥٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٤)، و«البناية» (٩/ ٣٨٧).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٨)، و«العناية» (٨/ ٢٥٦)، و«البناية» (٩/ ٣٨٩).

(٣) في (أ٢): «حسنًا»، وفي (ع): «حكم»، وفي (ل): «من حسن».

(٤) في (أ٢): «للظن»، وفي (ج، ض، ظ): «الظن».



ومتى تقدَّم النكاحُ بطَل البيعُ، فما أدَّى إلى تصحيحِ العقدَيْنِ فهو أَوْلى، وإذا كان من أصلِه الشراءُ أَوْلى وجَب للمرأةِ قيمةُ ذلك على الزوجِ؛ لأن مَن تزوَّج امرأةً على ملْكِ غيرِه صحَّتِ التسميةُ وكان لها القيمةُ، كذلك هذا.

قال: فإن ادَّعى أحدُهما رهْنًا وقبْضًا والآخَرُ هِبَةً وقبْضًا فالرهْنُ أَوْلَى.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، وذكَر في كتابِ الشهاداتِ أن الهبةَ أَوْلى.

وجْهُ القياسِ: أن الهبةَ فيها إثباتُ ملْكٍ فهو أَوْلى من إثباتِ الرهْنِ الذي هو حقٌّ.

وجْهُ الاستِحْسانِ: أن الرهنَ يتعلَّقُ به ضمانٌ، والهبةُ لا يتعلَّقُ بها الضمانُ، فصار الرهنُ مع الهبةِ كالبيعِ مع الهبةِ.

قال: وإن أقام الخارجانِ البينةَ على الملْكِ والتاريخِ فصاحبُ التاريخِ الأَبْعَدِ أَوْلى.

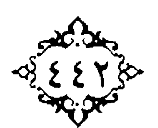
وذلك لأن صاحبَ البيِّنَتَيْنِ[1] قد أقام البينةَ أنه أَوَّلُ المالِكَيْنِ، وأن الشيءَ لا يُسْتَحَقُّ إلا من جهتِه، وأقام الآخرُ بينةً على الاستحقاقِ لا من جهتِه، فلم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه كصاحبِ النِّتاجِ والملْكِ المطْلَقِ.

وللشافعيِّ في ذلك قولانِ؛ أحدُهما: صاحبُ البينةِ[2] أَوْلَى. والآخَرُ: يتساويانِ.

---

(١) في (أ، س، ونسخة مشار في حاشية ح): «السنتين»، وفي (أ٢): «الشيئين»، وفي (ض، ي): «التاريخ الأبعد»، ورسم في (ظ) بغير نقط، وكتب في حاشية (ي): «السنين».

(٢) في (أ٢): «الشبه».



قال: لأن صاحبَ البينةِ[1] أقام البينةَ على ملْكٍ حادثٍ، فصار كما لو أقام البينةَ أنه اشتَراه منه[2].

قيل له: يُنْتَقَضُ بما إذا أقام أحدُهما البينةَ على النِّتاجِ وأقام الآخَرُ أنه له منذُ أمسِ.

قال: وإن ادعيا الشراءَ من واحدٍ وأقاما البينةَ على تاريخَيْنِ فالأوَّلُ أَوْلَى.

وذلك لأنهما قد اتَّفقا على ملْكِ البائعِ وانتقالِه من جهتِه، وبَيِّنَةُ أحدِهما تَقْتَضِي أنه أوَّلُ المالِكَيْنِ، وأن الشيءَ بعْدَ ذلك لا يُمْلَكُ إلا من جهتِه، فإذا لم يُقِمِ البينةَ الأخرى على ذلك لم تُقْبَلْ.

قال: وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ على الشراءِ من آخَرَ وذكَرا تاريخًا فهما سواءٌ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقولُ محمدٍ على روايةِ الأصولِ[3].

ووجْهُهُ: أن صاحبَ الوقتِ الأوَّلِ أثبَت الملْكَ لنفْسِه في وقتٍ متقدِّمٍ لم يُنازِعْه صاحبُه فيه، فلا يَسْتَحِقُّ الملْكَ بعْدَ ذلك إلا من جهتِه، وقد أقام الآخَرُ البينةَ على الاستحقاقِ من غيرِ جهتِه فلم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه.

---

(١) في (أ٢): «الشبه».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٢٥)، و«الحاوي» (١٧/ ٣٤٦)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٤٤٣).

(٣) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٦٨، ١٨٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٨)، و«الهداية» (٣/ ١٦٩)، و«العناية» (٨/ ٢٥٩)، و«البناية» (٩/ ٣٩١).

وعلى روايةِ «الإملاءِ» عن محمدٍ: لا يُعْتَدُّ بالتاريخِ؛ لأن المشترِيَ يُثْبِتُ ملْكَ بائعِه وذلك غيرُ مؤرَّخٍ، فتاريخُه لملْكِه لا يُعْتَدُّ به، وصار كأنَّ البائعينِ حضَرا وأقاما بينةً على الملْكِ من غيرِ تاريخٍ فيكونُ بينَهما[1].

(٣قال: وإن وُقِّت[2] إحدى البينتَيْنِ ولم تُوَقَّتِ الأخرى فهما سواءٌ٣)[3].

وذلك لأن توقيتَ إحداهما لا يدُلُّ على تقدُّمِ ملْكِه لجوازِ أن تكونَ البيِّنةُ الأخرى لو وُقِّتَتْ وقتًا كان أقدَم، وإذا لم يدُلَّ على المتقدِّم سقَط التاريخُ، بخلافِه إذا كان البائعُ واحدًا على ما بيَّنَّاه.

وإذا كانت الدارُ في يدِ رجلٍ فأقام رجلٌ البينةَ أنها له؛ مات أبوه وترَكها ميراثًا، وأقام آخَرُ البينةَ على مثلِ ذلك، ولم يُؤقِّتا وقتًا فهي بينَهما لِتَساوِيهما في سببِ الاستحقاقِ، وإن وقَّتا فهي لصاحبِ الوقتِ الأولِ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وإحدى الروايتَيْنِ عن محمدٍ، وفي الروايةِ الأخرى عن محمدٍ: هما سواءٌ[4].

وجْهُ قولِهم: أن صاحبَ التاريخِ أقام البينةَ أنه أوَّلُ المالِكَيْنِ، وأن الملْكَ في

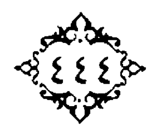
---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٥٥، ٦٠)، و«الهداية» (٣/ ١٤٧)، و«المحيط البرهاني» (٩/ ٤٧، ٣٩٩)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٣١٧).

(٢) في (ح، ر، ش، ظ): «وقتت».

(٣-٣) المثبت بين القوسين من النسخ، وليس في (نسخة مختصر القدوري)، و«الهداية» (٣/ ١٦٩)، ووقع في «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٤)، و«العناية» (٨/ ٢٦٠)، و«البناية» (٩/ ٣٨٧) من الشرح لا من المتن.

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٩)، و«العناية» (٨/ ٢٦٣)، و«البناية» (٩/ ٣٩٣).



المدَّةِ لا يُستَحَقُّ إلا من جهتِه فكان أَوْلى، كما لو كان ذلك في المِلْكِ المطْلَقِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن كلَّ واحدٍ من الوارثَيْنِ إنما يُثْبِتُ المِلْكَ للميتِ، بدليل أن ديونَه تُقْضَى منه ولا يثبُتُ له المِلْكُ إلا بعْدَ ثبوتِه للميتِ، فصار كأن الميتَيْنِ حضَرا وأَثْبَتا مِلْكَهما من غيرِ تاريخٍ فيكونُ بينَهما.

قال هشام: سألتُ محمدًا عن ذلك؟ فقال: هي بينَهما. قلتُ: ولم وقد وقَّتوا؟ قال: لم يوقِّتُوا متى كانت للميتِ. قلتُ: فإن أرَّخا مِلْكَ الميتَيْنِ؟ قال: لصاحب التاريخِ الأوَّلِ[1].

وكان الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ الرازيُّ يقولُ في الشراءِ من اثنينِ: إنه لصاحبِ التاريخِ الأوَّلِ في قولِهم، ويُفَرِّق لمحمدٍ بين الشراءِ والميراثِ بأن المشتَرِيَ يُثْبِتُ المِلْكَ لنفْسِه ولا يقومُ مقامَ بائعِه في المِلْكِ، وفي الميراثِ بخلافِه[2].

إلا أنَّ محمدًا قد ذكَر في «الإملاءِ» في الشراءِ أيضًا: أن التاريخَ لا يُقْبَلُ إلا أن يُؤَرِّخا مِلْكَ البائعَيْنِ[3].

ووجْهُه: أن المشتَرِيَ لا يُسلَّمُ له المِلْكُ إلا بسلامتِه لبائعِه، فصار في حكْمِ الوكيلِ للبائعِ.

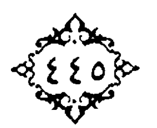
قال: وإن أقام الخارجُ البينةَ على مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وصاحبُ اليدِ على مِلْكٍ أقدمَ تاريخًا كان أَوْلى.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٧).

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ١٨٩، ١٩٠)، (٨/ ٤٦٢).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٦).



وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقولُ محمدٍ الأوَّل، ثُمَّ رجَع فقال: لا يُقْبَلُ من الذي في يدِه بينةٌ على وقتٍ ولا غيرِه[1].

وجْهُ قولِهما: أن صاحبَ اليدِ أقام البينةَ أنه أوَّلُ المالِكَيْنِ، وأن الشيءَ في المدَّةِ لا يُستَحَقُّ إلا من جهتِه، فلا تُقْبَلُ بينتُه على الاستحقاقِ من غيرِ تلك الجهةِ، كما لو أقام صاحبُ اليدِ البينةَ على النِّتاجِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن التاريخَ ليس بجهةِ الملْكِ فكأنه أقام البينةَ على الملْكِ المطْلَقِ.

وأما إذا تساوَى الوقتانِ فبينةُ الخارجِ أَوْلى في قولِهم؛ لأن التاريخَ لا يدُلُّ على سبْقِ أحدِ الملْكَيْنِ، فصار كما لو أقام البينةَ من غيرِ تاريخٍ.

فإن وُقِّتتْ ببينةِ أحدِهما، ولم تُؤقَّتِ الأخرى، فالبينةُ بينةُ الخارجِ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعن أبي يوسفَ: أن الذي وقَّت أَوْلى[2].

وجْهُ قولِهما: أن تاريخَ صاحبِ اليدِ لا يدُلُّ على تقديمِ ملْكِه، لجوازِ أن يكونَ الخارجُ لو وَقَّت[3] شهودَه كان ملْكُه أقدمَ، فإذا لم يدُلَّ التاريخُ على تقدُّمِ الملْكِ سقَط فكانتْ بينةُ الخارجِ أَوْلى.

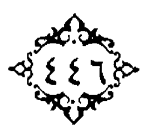
وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن بينةَ صاحبِ اليدِ قد دلَّتْ على تقدُّمِ الملْكِ فكانتْ أَوْلى من الملْكِ المطْلَقِ، كالمدَّعِيَيْنِ للشراءِ من واحدٍ إذا أرَّخ أحدُهما.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٩)، و«العناية» (٨/ ٢٦٢)، و«البناية» (٩/ ٣٩١).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٤)، و«الهداية» (٣/ ١٦٩).

(٣) في (ح، ي): «وقتت».



الجوابُ: أن الشراءَ معنًى حادثٌ، فإذا لم يُؤَرَّخْ حُكِم بوقوعِه في الحالِ فكان المتقدِّمُ أَوْلى منه، والملْكُ ليس بمعْنًى حادِثٍ، فيَجوزُ أن يكونَ مَلَكَ الأصلَ فلا يُحْكَمُ بوقوعِه في الحالِ.

وأما إذا كان الشيءُ في أيدِيهما، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً وأرَّخ أحدُهما؛ سقَطَ التاريخُ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: الذي وقَّت أَوْلَى.

فإن كانتِ الدارُ في يدِ ثالثٍ، وادَّعاها خارجانِ، وأقاما البينةَ، ووقَّت أحدُهما، فهما سواءٌ عندَ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ: الذي وقّت أَوْلى. وقال محمدٌ: الذي أطْلَق أَوْلى[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن التاريخَ لمَّا لم يدُلَّ على تقدُّمِ الملْكِ سقَط، فكأنهما أقاما البينةَ على ملْكٍ مُطْلَقٍ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن صاحبَ التاريخِ أَثْبَت مِلْكًا متقدِّمًا فكان أَوْلى كالمشتَرِيَيْنِ.

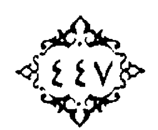
وجْهُ قولِ محمدٍ: أن البينةَ بالملْكِ المطْلَقِ تدُلُّ على ملْكِ الأصلِ، بدليلِ أن مَن أقام البينةَ على ملْكٍ في جاريةٍ أنه يَستَحِقُّ أولادَها، وملْكُ الأصلِ أَوْلى من التاريخِ.

قال: وإن أقام الخارجُ وصاحبُ اليدِ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً بالنِّتاجِ فصاحِبُ اليدِ أَوْلَى[2].

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٤)، و«الهداية» (٣/ ١٦٩، ١٧٠)، و«البناية» (٩/ ٣٩٣).

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٩٤- ١٩٩)، و«المبسوط» (١٦/ ١٦١)، (١٧/ ٣٢، =



وقال ابنُ أبي ليلى: الخارجُ أَوْلى[1].

دليلُنا: ما روَى جابرُ بنُ عبدِ اللَّهِ: «أن رجلًا ادَّعى ناقةً في يدِ رجلٍ، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ أنه نَتَجَها[2]، فقضَى بها رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لصاحِبِ اليدِ»[3].

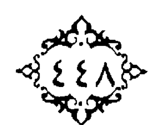
ولأن صاحبَ اليدِ قد دلَّت بينتُه على معْنًى لا يقتَضِيه ظاهرُ اليدِ، فصار بمنزلةِ بينةِ الخارجِ، وإذا كان كذلك تساوَتِ البينتانِ، ومع صاحبِ اليدِ ترجيحٌ باليدِ

٥٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٣، ١٨٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٢).

(١) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٧٨)، و«العناية» (٨/ ٢٣)، و«البناية» (٩/ ٣٩٤).

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٣): «نَتَجَهَا: النِّتاج بكسر النون، وفتح التاء المثناة، وآخره ميم: اسم لجمع وضع الغنم والبهائم كلها، عن الليث. وقد نتج الناقة ينتِجها بكسر التاء، نَتْجًا؛ إذا ولي نتاجها حتى وضعت، فهو ناتج، والناتج للإبل كالقابلة للنساء، والصل: نتجها ولدًا معدى إلى مفعولين، فإذا بني للمفعول الأول، قيل: نُتِجَت ولدًا، بضم أوله، وكسر ثانيه، إذا وضعته. وإذا بني للمفعول الثاني، قيل: نُتِجَ الولد. بضم الأول، وكسر الثاني أيضًا. ويقال: فرس نَتُوج ومنتج. دنا نتاجها وعظم بطنها، وكذا كل ذات حافر. وقد أنتجت، إذا صارت كذلك. قاله في المغرب. وقال ابن الأثير: نُتِجَت الناقة، إذا ولدت، فهي منتوجة، وأنتجت، إذا حملت، فهي نتوج. ولا يقال: منتج. ونَتَّجْتُ الناقة بتشديد التاء، أنتجها، إذا ولدتها. انتهى. وبين ما ذكرا من المخالفة ما لا يخفى». ينظر: «النهاية» (٥/ ١٢)، و«المغرب» (٢/ ٢٨٥، ٢٨٦).

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٥٨١، ٥٨٢) عن ابن أبي يحيى، عن إسحاق بن أبي فروة، عن عمر بن الحكم، عن جابر. ومن طريق الشافعي أخرجه البيهقي في «السنن» (١٠/ ٢٥٦)، وفي «المعرفة» (١٤/ ٣٥٣). قال البيهقي: «قال الشافعي في القديم: وهذه رواية صالحة ليست بالقوية ولا الساقطة، ولم أجد أحدًا من أهل العلم يخالف في القول بهذا، مع أنها قد رويت من غير هذا الوجه، وإن لم تكن قوية». وينظر: «البدر المنير» (٩/ ٦٩٤، ٦٩٥).



فكان أَوْلى، هذا هو الصحيحُ من المذهبِ.

وعن عيسى بنِ أبانَ قال: تتهاترُ البينتانِ، وتَرْكُ[1] الشيءِ في يدِ الآخَرِ لا على وجْهِ[2] القضاءِ[3].

ووجْهُه: أن القاضِيَ قد عرَف كَذِبَ إحدى البيِّنتَيْنِ، وليس أحدُهما بأَوْلى من الآخَرِ، كما لو شَهِد شاهدانِ أن فلانًا قُتِل يومَ النحْرِ بمكةَ، وآخَرُ أنه قُتِل يومَ النحْرِ بالكوفةِ.

والجوابُ: أن الشهودَ لا يَشهَدُون بالنِّتاجِ بمشاهدةِ الولادةِ، وإنما يَرَوْن الفَصِيلَ يَتْبَعُ الأُمَّ فيَشْهَدُون أنه فَصِيلُها، فلا نَحْكُمُ بكَذِبِ أحدِ الفريقَيْنِ، كما لا نَحْكُمُ بكَذِبِ أحدِهما إذا شَهِدُوا بملْكٍ مطْلَقٍ.

فإن وُقِّتتْ كلُّ واحدةٍ منهما فهو على فُصُولٍ إن كان سِنُّ الدابَّةِ يُوافِقُ أحدَ الوَقْتَيْنِ قضَى به لِأَيِّهما كان؛ لأن الحالَ يَشْهَدُ بصِدْقِ شهودِه فكان أَوْلى، فإن أَشْكَل يَسْقُطُ التوقيتُ؛ لأنه لا دلالةَ فيه، فكأنهما أقاما البينةَ على النِّتاجِ خاصةً، فإن خالَف سِنُّ الدابةِ الوَقْتَيْنِ قضَى بها لصاحبِ اليدِ.

قال الحاكمُ[4]: الصحيحُ أن تَبْطُلَ البَيِّنتانِ، وهو روايةُ الليثِ؛ لأن السِّنَّ معْنًى

---

(١) في (أ٢، ر، س، ض، ل): «يترك».

(٢) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «طريق».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٣٢)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٤)، و«الهداية» (٣/ ١٧٠، ١٧١).

(٤) هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل المروزي الحنفي، العالم النّحرير والوزير الكبير شيخ الحنفية في زمانه نهمة في العلم والدِّين، والمعروف =



معلومٌ، وقد [١]كذَّب البيِّنتَيْنِ[١] معًا فسقَطا[٢]، ويَبْقَى الشيءُ في يدِ صاحبِ اليدِ، كمَن اعْتَرف بنسَبِ غلامٍ لا يُولَدُ مثْلُه لمثْلِه[٣].

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن اعتبارَ التاريخِ إنما هو لفائدةٍ لهما، فإذا لم يكن فيه فائدةٌ سقَط وصار كأنهما لم يُؤَرَّخا.

فإن أقام أحدُهما البينةَ على النِّتاجِ والأخرى على الملْكِ فصاحبُ النِّتاجِ أَوْلى أيَّهما كان؛ لأنه أقام البينةَ أنه أوَّلُ المالِكَيْنِ وأن الشيءَ لا يُمْلَكُ إلَّا من جهتِه، وأقام الآخَرُ البينةَ على الاستحقاقِ من غيرِ تلك الجهةِ فلا يُقْبَلُ[٤].

قال: وكذلك النسْجُ في الثيابِ التي لا تُنْسَجُ إلا مرَّةً، وكلُّ سببٍ في المِلْكِ لا يتكرَّرُ.

وذلك مثْلُ غزْلِ قطنٍ في يدِ رجلٍ أقام بينةً أنه غَزَلَه في مِلْكِه، وأقام خارجٌ

بالحاكم الشهيد، ولي قضاء بخارى، ثُمَّ ولاّه الأمير الحميد الساماني وزارته. سمع الحديث بخراسان والعراق وبغداد ومصر، وسمع منه علماء خراسان، له «الكافي»، و«المقنع» وتوفِّي مقتولًا وهو يصلي سنة (٣٣٤هـ). ينظر: «تاج التراجم» (ص٢٧٢)، و«الجواهر المضية» (٢/ ١١٢)، و«كشف الظنون» (٢/ ١٣٧٨)، و«معجم المؤلفين» (١١/ ١٨٥).

(١-١) في (أ٢): «كذبت البينتان».

(٢) في (س): «فيسقط»، وفي (ض، ظ): «فسقطتا»، وفي (غ، ل): «فسقط».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٤)، و«البناية» (٩/ ٤٠٥).

(٤) قال في حاشية (ح): «شاتان أحدهما بيضاء والأخرى سوداء وهما في يدي رجل فأقام الخارج البينة على أن البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه، وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحدٍ منهما بالشاة التي شهدت شهوده أنها ولدت في ملكه، فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٥).

أنه غَزَلَه في مِلْكِه؛ لأنهما إذا أضافا مِلْكَهما إلى سببٍ في الملْكِ لا يتكرَّرُ كان صاحبُ اليدِ أَوْلَى، قياسًا على الولادةِ، وإن كان يتكرَّرُ قضَى به للخارجِ بمنزلةِ الملْكِ المطْلَقِ.

وهذا مثْلُ الخزِّ فإنه يُنْسَجُ مرَّةً بعْدَ أخرى، فإن أَشْكَل ذلك رجَع فيه إلى أهلِ الخبرةِ[1]؛ لأنهم أعرفُ به من غيرِهم، فإن أَشْكَل عليهم قضَى به للخارجِ؛ لأن الأصلَ أن البينةَ بيِّنةُ الخارجِ، وإنما عدَلْنا عن ذلك لخبَرِ النِّتاجِ[2]، فإذا لم يُعْلَمْ معناه عُدْنا إلى الأصلِ.

وقد قالوا: إذا ادَّعى رجلٌ جُبْنًا في يدِ رجلٍ، وأقاما البينةَ فهي على فُصُولٍ؛ إن أقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ أن الجُبْنَ له صنعَه في مِلْكِه، فصاحبُ اليدِ أَوْلى؛ لأن عملَ الجُبْنِ سببٌ في الملْكِ لا يتكرَّرُ فصار كالنِّتاجِ، وإن أقام كلُّ واحدٍ البينةَ أن اللَّبَنَ الذي صُنِع هذا الجُبْنُ منه [3]له، صَنَع منه الجبنَ في مِلْكِه[3] قضَى به للخارجِ؛ لأن المنازعةَ وقعَتْ في اللَّبَنِ، وقد أقام كلُّ واحد منهما البينةَ على ملْكٍ مُطْلَقٍ فالخارجُ أَوْلى، فإن أقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ أن ذلك اللبَنَ حُلِب في يدِه، فإنه يَقْضِي به لصاحبِ اليدِ؛ لأن الحلْبَ لا يتكرَّرُ[4].

وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما البينةَ أن الجبنَ له، صنَعه في مِلْكِه من لَبنٍ حُلِب

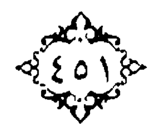
---

(١) في (أ٢، س، ش، ظ، ع، ي، ونسخة مشار إليها في حاشية ح): «الصنعة». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «الهداية» (٣/ ١٧٠)، و«العناية» (٨/ ٢٧١)، و«البناية» (٩/ ٣٩٧).

(٢) تقدَّم قريبًا.

(٣-٣) ليس في (ر)، وفي (ظ): «له»، وفي (ي): «في ملكه».

(٤) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٧٦)، و«المحيط البرهاني» (٩/ ١٢٨).



في مِلْكِهِ من شاتِه، وأن الشاةَ له، فإنه يَقْضِي به للخارجِ؛ لأن الاختلافَ وقَع في الشاةِ، وقد أقاما البينةَ على ملْكٍ مُطْلَقٍ.

وإن أقاما البينةَ أن تلك الشاةَ نُتِجتْ عندَه، قضَى بالجميعِ لصاحبِ اليدِ؛ لأن الولادةَ معْنًى لا يتكرَّرُ.

وذكَر محمدٌ في «الأصلِ»: إذا تنازَعا شاةً، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً على النِّتاجِ، فقضَى به لصاحبِ اليدِ فجاء آخَرُ وادَّعى أنها له نُتِجَتْ في مِلْكِه، وأقام بينةً على ذلك فهي له إلا أن يُعِيدَ صاحبُ اليدِ بينتَه، وذلك لأن بينةَ صاحبِ اليدِ لم تُسْمَعْ في حقِّ هذا المدعِي، فلا اعتبارَ بسماعِها في حقِّ غيرِه[1].

ولو شَهِد الشهودُ أن هذه الحنطةَ [3]مِن زرعٍ حُصِد[2] من أرضِ فلانٍ، فأراد صاحبُ الأرضِ أن يأخُذَ الحنطةَ[3] فليس له ذلك؛ لأن الحنطةَ تَتْبَعُ البَذْرَ دُونَ الأرضِ، ألا ترى أن الغاصِبَ إذا زرَع الأرضَ المغصوبةَ من بَذْرِ نفْسِه كان الخارجُ له، فلم يكن في إضافتِهم الزرعَ إلى أرضِه دلالةٌ على الاستحقاقِ، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن يكونَ لصاحبِ الأرضِ؛ لأن الظاهرَ أن زرعَ أرضِه له، ما لم يُعْلَمْ غيرُ ذلك.

ولو قالوا: هذه الحنطةُ من زرعِ هذا. كان له؛ لأنهم أضافوه إلى مِلْكِه في الحالِ، وجَعَلُوه جزءًا من أجزاءِ مِلْكِه.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٨/ ٢٠).

(٢) في (ح، ظ، ع، ي): «حصل». وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (أ٢).



ولو قالوا: هذه الحنطةُ من زرعٍ كان في أرضِه. لم يَقْضِ له بشيءٍ؛ لأن الشهادةَ بيدٍ كانتْ لا يُقْضَى بها في المشهورِ من قولِهم.

ولو شَهِدُوا أن هذا جِلْدُ شاتِه، أو صوفُ شاتِه. لم يُقْضَ له به؛ لأنهم لم يُضِيفُوه إلى مِلْكِه، ولكن أضافُوه إلى شيءٍ وأضافوا ذلك الشيءَ إلى مِلْكِه، وقد تكونُ الشاةُ له وصوفُها وجِلْدُها لغيرِه، مثْلُ أن يُوصَى له به.

(١ **قال**: وإن أقام الخارجُ البينةَ على المِلْكِ وأقام صاحبُ اليدِ بينةً على الشراءِ منه كان أَوْلى ١).

وذلك لأن بينةَ الخارجِ تُثْبِتُ له الملْكَ، وبينةُ صاحبِ اليدِ تَقْتَضِي انتقالَ الملْكِ من جهةِ الخارجِ فلا تَنافِيَ بينَهما، وصار كأنَّ صاحبَ اليدِ أقرَّ بالملْكِ للخارجِ، وادَّعى أنه اشْتَرى منه وأقام البينةَ.

قال: وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً على الشراءِ من الآخرِ ولا تاريخَ معهما تَهاتَرَتِ البَيِّنتانِ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: أَقْضِي بالبينتَيْنِ جميعًا، وأَقْضِي بالدارِ للمدعِي الذي ليست الدارُ في يده[٢].

وجْهُ قولِهما: أن دخولَ كلِّ واحدٍ من المتبايعَيْنِ في البيعِ إقرارٌ له بالملْكِ، فصار كأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أقام البينةَ على إقرارِه الآخَرِ له، ولو أقامُوا البينةَ على الإقرارِ تَهاتَرَتِ البَيِّنتانِ كذلك هذا، ويَبْقَى الشيءُ في يدِ الذي هي في يدِه.

(١-١) ما بين القوسين ليس في (أ٢).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٧١)، و«العناية» (٨/ ٢٧٢)، و«البناية» (٩/ ٣٩٧).

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الشهودَ عدُولٌ والواجبُ حسنُ الظنِّ بهم وحَمْلُ أمرِهم على الصحةِ ما أَمْكَن، والبينةُ إذا قامتْ على معْنًى وجَبَ أن [(1)]تُحَكَّمَ الأدلةُ[(1)] في إثباتِ السابِقِ منهما، وأَحَدُ علاماتِ السبْقِ هو اليدُ، بدليلِ أن المشتَرِيَيْنِ من واحدٍ إذا أقاما البينةَ ومع أحدِهما قبضٌ جُعِل قبضُه أسبَقَ، فوجَب أن يُحْمَلَ الأَمْرُ على أن الخارجَ باع من صاحبِ اليدِ وسلَّم إليه، ثُمَّ باع صاحبُ اليدِ منه ولم يُسلِّم فيُؤْمَرُ بالتسليمِ إليه.

ولا يَجوزُ أن يُحْمَلَ الأمرُ على أن صاحبَ اليدِ باع من الخارجِ ولم يُسلِّم إليه، ثُمَّ ابتاع منه؛ لأن بيعَ العقارِ قبْلَ القبضِ عند محمدٍ لا يَجوزُ، فلا يَجوزُ حمْلُ الأمرِ على ما يَفْسُدُ معه أحدُ العَقْدَيْنِ، بل يَجِبُ حمْلُه على ما يَصِحُّ معه العقْدانِ جميعًا.

ولو وُقِّتتْ كلُّ واحدةٍ من البينتَيْنِ وقْتًا أحدُهما قبْلَ الآخَرِ، فهي لصاحبِ الوقتِ الأخيرِ على قول أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ وكان الأوَّلُ ابتاع أوَّلًا، ثُمَّ باع من الآخَرِ فيُؤْمَرُ بالتسليمِ إن كانتْ في يدِه.

وعلى قولِ محمدٍ: إن كانتْ بينةُ الخارجِ أسبَقَ، ولم يَشْهَدِ الشهودُ بالقبضِ فهي للخارجِ؛ لأن الخارِجَ إذا اشْتَرى أوَّلًا، ثُمَّ باع حكَمْنا أنه باع، فبيعُه قبْلَ القبضِ للعقارِ لا يَجوزُ عندَ محمد فبَقِي ما اشْتَراه على حالِه فيكونُ له، وبَقِيَّةُ المسألةِ قولُه مثْلُ قولِهما[(2)].

(1-1) في (ر، ش، ظ، ل): «يحكم بالأدلة».

(2) ينظر: «بدائع الصنائع» (6/ 234)، و«العناية» (8/ 274)، و«البناية» (9/ 400).

قال: وإنْ أقام أحدُ المُدَّعِيَيْنِ شاهِدَيْنِ، والآخَرُ أربعةً فهما سواءٌ.

لأن كلَّ واحدةٍ من الشهادتَيْنِ ساوَتِ الأخرى في ثبوتِ الحقِّ حالَ الانفرادِ، فلا تُرجَّحُ إحداهما على الأخرى حالَ الاجتماعِ كما لو تَساوَى العدَدُ، ولأن البينةَ يُعْتبَرُ فيها العدَدُ والعدالةُ، فإذا لم يَترجَّحْ إحدى البينتَيْنِ على الأخرى بزيادةِ التعديلِ كذلك بزيادةِ العدَدِ.

قال: ومَن ادَّعى قِصاصًا على غيرِه فجحَد استُحْلِف.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1].

قال: فإن نكَل عن اليمينِ فيما دُونَ النفْسِ لَزِمه القِصاصُ.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليه الأَرْشُ[2].

وهذا الاختلافُ فرْعٌ على اختلافِهم في معْنى النكولِ؛ فعندَ أبي حنيفةَ أنه معْنَى البدلِ[3]، وقد بيَّنَّاه فيما تقدَّم[4]، وبدَلُ ما دُونَ النفْسِ يَصِحُّ من طريقِ الحكْمِ، ألا تَرى أن مَن أَذِن لرجلٍ في قطعِ يدِه ففعَل لم يَلْزَمْهُ قصاصٌ ولا ضمانٌ، بمَنْزِلَةِ أن لو اسْتَوْفاه بحقٍّ، وإذا صحَّ بدلُه[5] جاز استيفاؤهُ بالنكولِ كالأموالِ.

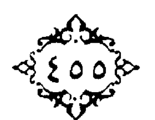
(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «الأصل» (٧/ ٥٧٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٠٣)، و«النتف» (٢/ ٦٣٧)، و«الهداية» (٣/ ١٥٧)، و«العناية» (٨/ ١٩٠)، و«البناية» (٩/ ٣٣٦).

(٣) في (أ، ج، ع): «البذل»، وفي (أ٢، ر): «النكول».

(٤) قال في حاشية (ح): «في أول كتاب النكاح».

(٥) في (ج): «بذله».



وعلى قولِهما: النكولُ قائمٌ مقامَ الإقرارِ وليس بصريحٍ فيه، بدليلِ افتقارِه إلى حكْمِ الحاكِمِ، والإقرارُ حكْمُه ثابتٌ بنفْسِه، والقصاصُ لا يثْبُتُ بما قام مقامَ الغيرِ، ومتى تعذَّر استيفاءُ القصاصِ وجَب المالُ، كدَمِ العمْدِ المشتَرَكِ إذا عفَا أحدُ الشريْكَيْنِ.

قال: وإن نكَل في النفْسِ حُبِس حتى يُقِرَّ أو يَحْلِفَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَلْزَمُه الأرْشُ[1].

وقد كان القياسُ عندَ أبي حنيفةَ: أن يُقْتَصَّ منه لِما قدَّمْنا فيها دُونَ النفْسِ، وإنما استُحْسِن في إسقاطِ القصاصِ استعظامًا لحرمة النفْسِ، ألا ترَى أنه تعلَّق به ما لم يتعلَّق بغيرِها من تكرارِ الأيمانِ ووجوبِ الكفارةِ، فلذلك افْتَرقا.

وإنما قال: يُحبَسُ. لأن اليمينَ قد يكونُ حقًّا في الأنفسِ بدليلِ اجتماعِ الديَةِ والقَسامَةِ في القتيلِ الذي يُوجَدُ في المحلَّةِ، وإذا جاز أن تكونَ نفْسُ الحقِّ فمتى امْتَنَع من إيفائها وتعذَّر الحكْمُ بموجَبِ نكولِه وجَب أن يُحْبَسَ.

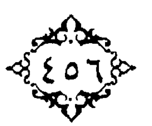
وعلى قولِهما: لمَّا تعذَّر استيفاءُ القصاصِ وجَب المالُ.

قال: وإذا قال المدَّعِي: لي بينةٌ حاضِرةٌ. قِيل لخَصْمِه: أَعْطِه كَفِيلًا بنفْسِك ثلاثةَ أيامٍ، فإن فعَل وإلَّا أُمِر بملازمتِه إلَّا أن يكونَ غَرِيبًا على الطريقِ، فيُلازِمُه مقدارَ مجلِسِ القاضِي[2].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧)، و«الاختيار» (٢/ ١١٣)، و«العناية» (٨/ ١٩٠)، و«البناية» (٩/ ٣٣٦).

(٢) ينظر: «الأصل» (٦/ ٥٦٥)، و«النتف» (٢/ ٧٧٩)، و«المبسوط» (٢٠/ ٧٥)، (٢٦/ ١٠٦)، =



أما أَخْذُ الكفيلِ، خلافَ ما قاله الشافعيُّ[1]، فلأن الخصومةَ حقٌّ للمدعِي على المدَّعَى عليه، بدليلِ أنه يَلْزَمُه الحضورُ، وإن لم يحضُرْ، حالَ القاضِي بينَه وبين أشغالِه وأَعْدَى عليه[2]، فإذا خاف المدعِي هرَبه إلى أن يُحْضِرَ البيِّنَةَ لم يُمْكِنِ التوصُّلُ إلى استيفاءِ حقِّه إلا بالكفيلِ، كما لو ادَّعى عليه عيْنًا وقال: لي بَيِّنَةٌ حاضرةٌ. أنه يُؤْخَذُ منه كَفِيلًا بلا خلافٍ، كذلك هذا، وإذا لم يَدْفَعِ الكفيلُ كان له ملازمتُه لِئَلَّا يَذْهَبَ حقُّه.

وأما تقديرُ المدَّة بثلاثةِ أيامٍ؛ فهو قولُ أبي حنيفةَ.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ: أنه يؤجِّلُه ما بين مَجْلِسَيِ القاضِي[3]، وهذا ليس باختلافٍ في الحقيقةِ؛ لأن أبا حنيفةَ أجابَ على ما شاهَده من رَسْمِ القُضاةِ وجلوسِ الحكامِ يومًا ويومًا لا[4]، فيمكِنُه[5] أن يأتِيَ بالشهودِ في تلك المدَّةِ؛ لأن المجلسَ الثاني يكونُ في اليومِ الثالثِ، وأبو يوسفَ أجاب على ما شاهَده في زمانِه من جلوسِ القُضاةِ، ولا يتمكَّنُ من إحضارِ الشهودِ في مجلسٍ، فاعْتَبَر ما بينَ المجلِسَيْنِ.

وأما إذا كان المدَّعَى عليه غَرِيبًا، فاعتبارُ ثلاثةِ أيامٍ في حقِّه في[6] الملازمةِ

و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٤٦).

(١) ينظر: «الحاوي» (١٦/ ٣١٣)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٩٩).

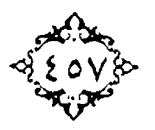
(٢) استعدى فلان الأمير على من ظلمه، أي: استعان به، فأعداه عليه، أي: أعانه عليه ونصَره. ينظر: «المغرب» (ص٣٠٧).

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٦)، و«العناية» (٨/ ٢٣٨)، و«البناية» (٩/ ٣٧٦).

(٤) ليس في (أ٢، ي).

(٥) في (أ، ح، ر، س، ض، ظ): «يمكنه».

(٦) في (أ، ر، ع، ل): «من».



يَضُرُّ[1] به، وذلك لا يَجوزُ، وليس كذلك المقِيمُ؛ لأنه لا ضررَ عليه في الملازمةِ ودفْعِ الكَفِيلِ فافْتَرَقا.

قال: وإن قال المدَّعى عليه هذا الشيءُ أَوْدَعَنِيهِ فلانٌ الغائبُ، أو رهَنه عندِي، أو غَصَبْتُه منه، وأقام بينةً على ذلك فلا خصومةَ بينَه وبين المدعِي.

وقال ابنُ أبي ليلى: لا تُدْفَعُ[2] الخصومةُ[3].

وجْهُ قولِنا: أن الخصومةَ حقٌّ قد لَزِم صاحبَ اليدِ فكان له إسقاطُه عن نفْسِه كسائرِ الحقوقِ، وإذا أقام البينةَ فقد أحال بالخصومةِ على غيرِه حينَ أقام البينةَ بوصولِ الشيءِ من يدِ الغائبِ إلى يدِه فأَشْبَه إذا أقام البينةَ أنه أحال بالدَّيْنِ على آخَرَ.

وجْهُ قولِه: أنه ليس بخَصْمٍ عنه في إثباتِ الملْكِ فبَقِي الشيءُ مِلْكًا له فلا تَرْتَفِعُ الخصومةُ.

قلنا: إذا قامتِ البينةُ أن يدَ المدَّعَى عليه المشاهَدةَ ليستْ بِيَدٍ له كفَى في دفْعِ الخصومةِ دُونَ إثباتِ الملْكِ للغائبِ، فأما قبْلَ إقامةِ البينةِ، فإنه لا تُدْفَعُ الخصومةُ بقولِه، وقال ابنُ شُبْرُمةَ: تُدْفَعُ[4].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن الخصومةَ حقٌّ يثبُتُ للمدعِي قبْلَ المدَّعَى عليه، بدليلِ

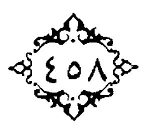
---

(١) في (أ، أ٢، ع، ل): «تضر».

(٢) رسم في (ح) بغير نقط الياء: «يندفع»، وفي (ش، ع، غ، ي): «يدفع»، وفي (ل): «يرفع».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣١)، و«الهداية» (٣/ ١٦٦)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٦).

(٤) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٣٧)، و«الهداية» (٣/ ١٦٧)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٣١٣)، و«العناية» (٨/ ٢٣٩).



أن القاضِيَ يُعْدِي عليه، فلا يَمْلِكُ نقْلَها إلى غيرِه بقولِه، كما لو ادَّعى عليه مالًا فادَّعى أنه قد أحال به على آخرَ.

وعن أبي يوسفَ: أن القاضِيَ إن اتَّهم صاحبَ اليدِ أنه سلَّم الدارَ إلى الغائبِ، ثُمَّ تسلَّمها منه في الظاهرِ لِيُؤخِّرَ الخصومةَ، فإنه يَجْعَلُه خصمًا[1].

قال: وإن قال: ابتعتُه من فلانٍ الغائبِ. فهو خَصْمٌ.

لأن هذا القولَ يتضمَّنُ أن الملْكَ واليدَ في الحالِ له دُونَ الغائبِ، وكان للغائبِ قبْلَ ذلك، فلا يَخْرُجُ بذلك من الخصومةِ التي وجبَتْ عليه، كما لو ادَّعى أنها له مطْلَقًا.

قال: وإن قال المُدَّعِي: سَرَقْتَه[2] مِنِّي[3]. وقال صاحبُ اليدِ: أَوْدَعَنِيه فلانٌ. وأقام بينةً، لم تَنْدَفِعِ الخصومةُ.

وذلك لأنه يدَّعِي عليه فِعْلَه فلا يكونُ الغيرُ خصمًا عنه في ذلك إلا بوكالةٍ، ولم يُوجَدْ ذلك، فلم تَصِحَّ حوالتُه بالخصومةِ، وعلى هذا لو قال المدعِي: غصبْتَنِي، أو أَوْدَعْتُكَه.

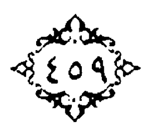
قال: وإن قال المُدَّعِي: ابْتَعْتُه من فلانٍ. وقال صاحِبُ اليدِ: أَوْدَعَنِيهِ فلانٌ ذلك. (٤أسقَط الخصومةَ٤) عن نفْسِه بغيرِ بينةٍ.

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٦)، و«العناية» (٨/ ٢٤٠).

(٢) في (أ، أ٢، ر، ل، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «سرق».

(٣) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «وأقام البينة». وهو الموافق لما في «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢١٦)، و«البناية» (٩/ ٣٧٩).

(٤-٤) في (أ٢): «إسقاطًا للخصومة»، وفي (س): «إسقاط الخصومة».



وذلك لأنهما اتَّفقا على وصولِه إلى يدِه من يدِ غيرِه، وليس بوكيلٍ في الخصومةِ، وإنما هو وكيلٌ في الحفظِ على قولِه، فلا يكونُ بينَهما خصومةٌ، وأما إذا قال المدَّعِي: سَرق مِنِّي. وقال صاحبُ اليدِ: أَوْدَعَنِي فلانٌ. فإنه لا يَدْفَعُ الخصومةَ عن نفْسِه في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يدفعُ الخصومةَ، وهو القياسُ[1].

ووجْهُه: أن صاحبَ اليدِ أقام البينةَ على وصولِه إلى يدِه من جهةِ الغيرِ، فصار كما لو قال المدعِي: غَصَب مِنِّي. وأقام صاحبُ اليدِ أنه أَوْدَعه فلانٌ.

وجْهُ قولِهما: وهو الاستحسانُ، أن السارقَ لا يدَ له وقد ادَّعى السرقةَ، فالظاهرُ أنه لم يُوجَدْ إلا يدُ السارقِ ويدُه، والسارقُ لا يدَ له فصار كأنه أخَذه من الطريقِ.

قال: واليمينُ باللَّهِ تعالى دُونَ غيرِه.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ وَلَا بِالطَّوَاغِيتِ، مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ تَعالى أَوْ لِيَصْمُتْ»[2].

قال: وتُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصافِه.

وذلك لأن معْنى القَسَمِ الذي تُراعى حرمتُه قد وُجِد، وإنما تُضافُ الصفاتُ على وجْهِ التأكيدِ لِيَسْتَعْظِمَ الحالِفُ اليمينَ.

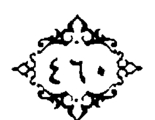
ولهذا قالوا: إذا ذكَر الصفاتِ ذكَرها بغيرِ واوٍ ليكونَ الجميعُ يمينًا واحدةً[3]،

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣١)، و«الهداية» (٣/ ١٦٦).

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) قال في حاشية (ح): «وصفته: قل: باللَّه الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمن =



ولو ذكَرها بحرْفِ العطفِ كان كلُّ لفظةٍ يمينًا، والواجبُ عليه يمينٌ واحدةٌ.

قال: ولا يُسْتَحْلَفُ بالطلاقِ، ولا بالعَتاقِ[1].

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ». ولأن القسمَ يقْتَضِي تعظيمَ المقْسَمِ به، وهذا النوعُ من التعظيمِ لا يستَحِقُّه إلا اللَّهُ تعالى.

قال: ويُستَحْلَفُ اليهوديُّ باللَّهِ الذي أنزَل التوراةَ على موسى، والنصرانيُّ باللَّهِ الذي أنزَل الإنجيلَ على عيسى، والمَجُوسِيُّ باللَّهِ الذي خلَق النارَ.

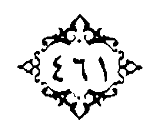
وذلك لأن اليمينَ لا يَجوزُ بغيرِ اللَّهِ تعالى، وهم يُعَظِّمون هذه الأشياءَ، واليمينُ بها لا يُمْكِنُ، فوجَب أن يُستَحْلَفوا باللَّهِ تعالى، ويُجْعَلُ ما يُعظِّمُونه مُضافًا إلى فِعْلِه لِيَسْتَعْظِمُوا اليمينَ به.

فأما الصابئةُ فإن كانوا يؤمِنون بإدريسَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، استُحْلِفوا باللَّهِ الذي أنزَل الصحفَ على إدريسَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإن كانوا يَعْبُدُون الكواكبَ استُحْلِفوا باللَّهِ الذي خلَق الكواكبَ[2].

الرحيم، الطالب الغالب، المدرك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية: ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادَّعاه حق، ولا شيء منه».

(١) قال في حاشية (ح): «وقيل في زماننا: إذا ألح الخصم يسع القاضي أن يحلف به لقلة المبالاة باللَّه تعالى. مختارات النوازل». و«مختارات النوازل» كتاب لأبي الحسن المرغيناني، منه عدة نسخ إحداها بالأزهرية رقم عام (٦٢٦٨١)، ورقم خاص (٣٦٣٦)، وقد طبع مؤخرًا في مكتبة الإرشاد التركية، بتحقيق ودراسة: الأستاذ/ أحمد غونش.

(٢) الصابئة: عَلَم على طائفة من الكفار يقال: إنها تعبد الكواكب في الباطن وتنسب إلى النصرانية في الظاهر، وهم الصابئة والصابئون، ويدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم، ويجوز التخفيف فيقال: الصابون وقرأ به نافع. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٣٢).



قال: ولا يُحَلَّفُون في بيوتِ عباداتِهم.

لأنَّ حمْلَهم إلى هذه المواضعِ إيهامٌ لتعظيمِها، وذلك منْهِيٌّ عنه.

قال: ولا يجب تَغْليظُ اليمينِ على المسلِمينَ[1] بزمانٍ ولا مكانٍ.

وقال الشافعيُّ: إذا كانت اليمينُ في قَسامةٍ، أو في اللعانِ، أو في مالٍ عظيمٍ فإنها تختَصُّ بمكانٍ، إن كان بمكةَ فبَيْنَ الركنِ والمقامِ، وإن كان بالمدينةِ فعندَ منبرِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفي سائرِ البلادِ يومَ الجمعةِ بعْدَ العَصْرِ[2].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[3]. ولم يُفَصِّلْ، ولأن اليمينَ سببٌ لقطعِ الخصومةِ فلا يختَصُّ بمكانٍ كالبيِّنَةِ.

فإن قيل: كان النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والأئمةُ بعْدَه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يَسْتَحْلِفُون عند منبرِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[4].

قيل له: إنما فعَلوا ذلك لأنهم كانوا يَقْضُون في المسجدِ، فإذا اتَّفَق حلَفوا فيه لا لكونِه شَرْطًا.

فإن قيل: رُوِي: أن الزبيرَ اجتاز برجلٍ يَحْلِفُ عندَ منبرِ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «أَفِي قسامةٍ أو مالٍ عظيمٍ»[5].

---

(١) في (أ٢، ح، ر، ظ، ي): «المسلم». وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٨)، و«الهداية» (٣/ ١٦٠)، و«العناية» (٨/ ١٩٨)، و«البناية» (٩/ ٣٤٥).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤١٧)، و«الحاوي» (١٧/ ١٠٧)، «التهذيب» (٨/ ٢٤٥).

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) ينظر: «الأوسط» (٧/ ٩، ٢٢).

(٥) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٨٢٦١).



قيل له: هذا يدُلُّ أنه لا يُستحْلَفُ هناك في المالِ القليلِ، ولا يدُلُّ على أنه شرْطٌ في العَظِيمِ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي كَاذِبًا، وَلَو على سِواكٍ من أَرَاكٍ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ»[1].

قيل له: هذا يدُلُّ على تأكُّدِ[2] حكْمِ اليمينِ على منبرِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعِظَمِ المأْثَمِ فيها، ولا يدُلُّ أنها شرْطٌ في اليمينِ.

قال: ومَن ادَّعى أنه ابتاع من هذا عبدَه بألفٍ فجحَد[3]، استُحْلِف باللَّهِ ما بينكما بيعٌ قائمٌ فيه، ولا يُستَحْلَفُ باللَّهِ: ما بِعْتَ.

وجملةُ ما يُقالُ في هذا الموضعِ: أن الدعْوى إذا وقعتْ فيما ترتَفِعُ بعْدَ وقوعِه فإن اليمينَ يَقَعُ على ثبوتِ حكْمِه في الحالِ ولا يَقَعُ على نفْسِ الحقِّ، هكذا روَى الحسنُ، عن أبي حنيفةَ.

وذكر الخصَّافُ: أن الاستحلافَ يَقَعُ على السببِ المدَّعَى إلا أن يُعَرِّضَ الخصْمُ، وهو قولُ أبي يوسفَ[4].

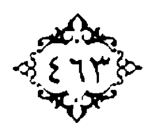
ومتى كانت الدعوى فيما لا يَرْتَفِعُ بعْدَ وقوعِه أو لا يتغيَّرُ حكْمُه فاليمينُ تَقَعُ على السببِ، ومسألةُ الكتابِ من القسمِ الأوَّلِ؛ لأن البيعَ قد يَطْرَأُ عليه

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٢٦) من حديث أبي هريرة. وأخرجه أبو داود (٣٢٤٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٩٧٣)، وابن ماجه (٢٣٢٥) من حديث جابر. وينظر: «البدر المنير» (٨/ ١٩٧، ٢٠١)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢٢٩).

(٢) في (أ٢، س، ظ، ي): «تأكيد».

(٣) في (ح): «جحده».

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٩)، و«العناية» (٨/ ١٩٩)، و«البناية» (٩/ ٣٤٧).



الإقالةُ والفسخُ، فلو استَحْلَفه على أصلِ البيعِ لم يأْمَنْ أن يكون قد حدَث ما أَوْجَب بغيرِ ذلك، فإن حلَف على نفْيِ أصلِ البيعِ كان كاذبًا، وإن لم يَحْلِفْ وادَّعى المعْنى الطارئَ لم يُقْبَلْ قولُه، وإذا استَحْلَفه القاضِي على ثبوتِ حكْمِ ذلك في الحالِ فقد وفَّى المدعِي والمدَّعَى عليه حقَّهما؛ لأن المدعِي مقصودُه ثبوتُ أحكامِ العقدِ، ومتى أَمْكَن إيفاءُ حقِّهما كان أَوْلى من إيفاءِ حقِّ أحدِهما وإسقاطِ حقِّ الآخَرِ.

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن اليمينَ يُستَوْفَى لحقِّ المدعي فوجَب أن يكونَ مُطابِقًا لدعواه، لجوازِ أن يكونَ الحكْمُ قد تغيَّر، لا مَعْنى[1] له لأن ذلك يُراعى لحقِّ المدَّعَى عليه ويُمَكِّنُه أن يُعرِضَ للحاكِمِ لِيَسْتَدْرِكَ حقَّه، فمتى لم يُعْرِضْ لم يكن ذلك حقًّا له، ووجَب اعتبارُ حقِّ المدعِي.

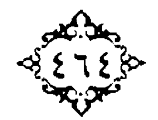
وصفةُ التعريضِ أن يقولَ المدَّعَى عليه إذا عرَض عليه القاضِي اليمينَ باللَّهِ: ما بِعْتُ أيها القاضِي. لأن الإنسان قد يَبِيعُ شيئًا، ثُمَّ يُقايِلُ فيه، فحينئذٍ يَلْزَمُ القاضِي الاستحلافَ على حكْمِ الشيءِ في الحالِ، وصار العدولُ عن اليمينِ على مقتَضى الدعوى حقًّا للمدعَى عليه حينَ طالَبه به.

قال: ويُسْتَحْلَفُ في الغَصْبِ: باللَّهِ ما يَستَحِقُّ عليكَ كذا[2]. ولا يُستَحْلَفُ باللَّهِ ما غَصَبْتَ.

---

(١) في (ض، غ): «لمعنى».

(٢) كذا بالنسخ، وفي (نسخة مختصر القدوري): «رده»، وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٥٩)، و«العناية» (٨/ ١٩٩)، و«البناية» (٩/ ٣٤٦).



وهذا على ما بيَّنَّا أن الغصْبَ يَطْرَأُ عليه ما يُغيِّره عن ضمانِه، فكان الاستحلافُ على حكْمِه.

قال: وفي النكاحِ: باللَّهِ ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحالِ.

وذلك لأن النكاحَ يَرِدُ عليه الطلاقُ، كما تَرِدُ الإقالةُ على البيعِ.

قال: وفي دعوى الطلاقِ: باللَّهِ ما هي بائنٌ منكَ الساعةَ بما ذَكَرْتَ، ولا يُستَحْلَفُ باللَّهِ ما طلقْتَها.

وذلك لأن الطلاقَ يَطْرَأُ عليه ما يَرْفَعُه وهو الرجْعةُ والتزويجُ، فصار كالأَمْلاكِ.

وقد قالوا: في الأَمَةِ إذا ادَّعتِ العِتْقَ على مولاها أنه لا يُستحلَفُ باللَّهِ ما أعتقتَها؛ لأن عِتْقَ الأَمَةِ يَطْرَأُ عليه ما يُغَيِّرُ حكْمَه، وهو أن ترتَدَّ وتَلْحَقَ بالدارِ فتُسْبَى، فيَحْلِفُ باللَّهِ ما هي في الحالِ حرَّةٌ.

وأما العبدُ إذا ادَّعى العتقَ فهو على وجهينِ؛ إن كان مسلِمًا استُحْلِف المولى باللَّهِ ما أعتقْتُ؛ لأن عِتْقَ العبدِ لا ينفَسِخُ بعْدَ وقوعِه، فلا معْنى للعدُولِ عن مقتَضى الدعوى، وإن كان العبدُ كافرًا فهو كالأَمَةِ؛ لأنه قد يَعْتِقُ فيَنْقُضُ العهدَ ويَلْحَقُ بالدارِ فيُسْبَى.

ويُستَحْلَفُ في الإجارةِ إذا جحَد المستأْجِرُ: ما له قِبَلَكَ إجارةُ هذه الدارِ إلى هذا الوقْتِ الذي ادَّعى بهذه الأجرة الذي ادَّعى؛ لأن الإجارةَ مِمَّا يَطْرَأُ عليها الفسخُ فيَحْلِفُ على الحكْمِ على قولِهما، وعلى قولِ أبي يوسفَ على نفْسِ الدعْوى[1].

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ١٨٩، ٦٩٠)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٣٩)، و«العناية» (٧/ ٤٨٠).



وقد قالوا: يُستَحْلَفُ في القطعِ: باللَّهِ ما قطعْتُ. وفي القتلِ: باللَّهِ ما قتلتُ أباه.

وقال الخصَّافُ: إنه يُستَحْلَفُ في القتلِ باللَّهِ ما له عليكم دَمُ وَلِيِّه فلانٍ ولا حَقَّ بسببِه، وهذا هو الصحيحُ على ما تقدَّم؛ لأن القتلَ قد يَطْرَأُ عليه العفوُ والصلْحُ، وقد يكونُ قَتْلًا بحقٍّ، ولو استُحْلِف على نفْسِ الحقِّ كان فيه ضررٌ على المدَّعَى عليه، وإذا حلَف على ما ذَكَرْنا كان فيه حقُّهما فكان أَوْلى.

وقد قال أبو يوسفَ في قتلِ الخطأِ: إنه يُستَحْلَفُ على نفْسِ الفِعْلِ[1].

لأنه لو استُحلِف على استحقاقِ الأرشِ في الحالِ جاز أن يَحْلِفَ ويتأوَّلَ أن الحقَّ على العاقلِ، فلم يَعْتَبِرْ في ذلك حقَّ المدَّعَى عليه، وهو جوازُ أن يكونَ قد أبرَأه من الدمِ، ويُمْكِنُ أن يَحْلِفَ باللَّهِ ما قتلْتُه قتْلًا سقَطَتِ المطالبةُ بالأَرْشِ فيه بسببٍ من جهتِه.

وقد رُوِي أن إسماعيلَ بنَ حمادِ بنِ أبي حنيفةَ: حضَره رجلٌ وادَّعى على رجلٍ أنه اشتَرى دارًا في جوارِه وأنه يُطالِبُه بالشفعةِ فيها، فأَنْكَر المدَّعَى عليه الشراءَ، فأراد إسماعيلُ[2] أن يُحلِّفَه باللَّهِ ما اشتريتُ. فقال المشتَرِي: أيُّها القاضِي، قد يَشْتَرِي الإنسانُ ويُسْقِطُ الشفيعُ شفعتَه، فأراد استحلافَه باللَّهِ ما له عليكَ شفعةٌ في هذه الحالِ، فقال الشفيعُ: أيُّها القاضِي، إن هذا يعتقَدُ أن شفعةَ الجارِ غيرُ واجبةٍ، فإن استحْلَفْتَه تأوَّل ذلك، فحلَف. فقال إسماعيلُ للمدعَى عليه:

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٥٧)، و«التجريد» (١١/ ٥٧٩٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٣٠).

(٢) ليس في (ح)، وأثبته بين السطرين منسوبًا لنسخة، وبعده فيها: «الشفيع».

إن كان الأمرُ على ما يدعِي من الشراءِ فقد حكمْتُ عليكَ بالشفعةِ، ثُمَّ استَحْلَفه باللَّهِ ما يستَحِقُّ عليكَ شفعةً في هذه الدارِ في الحالِ، فامْتَنَع من اليمينِ[1].

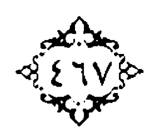
وهذا صحيحٌ؛ لأنه بدأ بالحكْمِ لِيَقْطَعَ موضعَ الخلافِ فلم يكن للخصْمِ[2] أن يتأوَّلَ في اليمينِ، ثُمَّ استَحْلَفه فوفَّى كلَّ واحدٍ منهما حقَّه.

وقد قالوا: في المرأةِ إذا ادَّعَتْ أن زوجَها آلى منها، ولم يَفِئْ حتى مضتِ المدَّةُ وبانتْ، فجحَد الزوجُ، أن القاضِيَ يَسْتَحْلِفُه ما هي بائنٌ منكَ في الحالِ، ولا يَسْتَحْلِفُه على الأصلِ، لجوازِ أن يكونَ قد فاء في المدَّة فيكونَ كاذبًا، وإن لم يَحْلِفْ وادَّعى الفَيْءَ لم يُصَدَّقْ، فوجَب أن يُستَحْلَفَ على البينونةِ في الحالِ، فإن قالتِ المرأةُ للقاضِي: إن هذا يرى أن الفُرقةَ لا تَقَعُ بمُضِيِّ المدةِ حتى يُفرِّقَ القاضِي فإنْ حلَّفْتَه بذلك تأوَّل، فإن القاضِي يَسْتَحْلِفُه على الإيلاءِ لِيُوفِّيَ المدعِيةَ حقَّها، ويَجِبُ على قولِ إسماعيلَ أن يقولَ له: إن كانتْ صادِقةً فقد حكَمْتُ بالفُرقةِ، ثُمَّ يَسْتَحْلِفَه باللَّهِ ما هي بائنٌ منكَ في الحالِ.

وقد قالوا: إذا ادُّعِي على رجلٍ ألفُ درهمٍ، فأقَرَّ بها وادَّعى أنه قضاها، استُحْلِف المدعِي باللَّهِ ما قبَضْتَ منه من هذا المالِ الذي ادَّعَيْتَه عليه بهذا السببِ الذي ادَّعيْتَه قليلًا ولا كثيرًا، ولا وصَل إليكَ من هذا المالِ شيءٌ بوجْهٍ. وإنما استُحْلِف على القبْضِ؛ لأنه لا يسقُطُ حكْمُه بعد ثبوتِه، وذكْر وصول الحقِّ إليه لا يَجوزُ أن يُحْكَم بقبضِه من غيرِ قبضٍ بحوالةٍ أو معاوضةٍ، فجمَع بينَ الأَمْرَيْنِ.

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٣٠٣).

(٢) ليس في (ر، ل).



وقالوا: لو ادُّعِي على رجلٍ ألفُ درهمٍ دَينًا وأنه رهَنه بها هذه الدارَ، فأقرَّ المدَّعَى عليه بالمالِ وجحَد الرهْنَ، استُحْلِف باللَّهِ ما هذه الدارُ له رهْنٌ بهذا المالِ الذي ادُّعِي أنك رهَنْتَها إيَّاه به.

وقالوا: إن المدَّعَى عليه إذا خاف أن يَعْتَرِفَ بالمالِ فيجْحَدَ المدعِي الرهنَ أنه يقولُ في جوابِ الدعوى للقاضِي: سَلْه هل لي في يدِه رهنٌ بهذا المالِ الذي يدَّعِيه؟ فإذا جحَد قال المدَّعَى عليه: ماله عليَّ ألفُ درهمٍ لا رهْنَ بها، فإن استُحْلِف على ذلك كان صادِقًا؛ لأن الرهنَ يَجْعَلُ الدَّيْنَ موصوفًا، فإذا حلَف على دَيْنٍ مطْلَقٍ كان كاذِبًا.

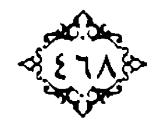
وقد قالوا: كلُّ مَن ادُّعِي عليه فِعْلٌ من جهتِه، أو ادُّعِي عليه حقٌّ في شيءٍ استفادَه بفِعْلِه، فإن اليمينَ إذا وجبَتْ في ذلك كانت على البَتاتِ، وكلُّ مَن ادُّعِي عليه فِعْلُ غيرِه، أو حقٌّ في شيءٍ ملَكه بغيرِ فِعْلِه، فاليمينُ في ذلك على العِلْمِ، والأصلُ في ذلك: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استحْلَف في القسامةِ باللَّهِ ما قتَلْناه ولا عَلِمْنا له قاتِلًا»[1]، فاستحلفهم على فِعْلِهم على البتاتِ، وعلى فِعْلِ غيرِهم على العِلْمِ.

وقد قالوا: ليس للقاضِي أن يَسْتَحْلِفَ الخصْمَ حتى يسأَلَ المدعِي ذلك، إلا في أربعةِ أشياءَ فإن القاضِيَ يَسْتَحْلِفُ فيها وإن لم يَطْلُبِ المدعِي اليمينَ:

أحدُها: الشفيعُ يُحلفُه باللَّهِ لقد طلبتُ الشفعةَ حينَ علمتُ بالشراءِ.

---

(١) ينظر: «سنن أبي داود» (٤٥٢٥)، و«الديات» لابن أبي عاصم (ص٤١، ٦١).



الثاني: البكرُ إذا بلَغتْ يُحلفُها باللَّهِ لقد اخترتُ الفرقةَ حينَ بلَغتُ.

الثالثُ: في الردِّ بالعيبِ يُحلفُه باللَّهِ إنك لم تَرْضَ بهذا العيبِ ولا عرضْتَه على بيعٍ منذُ رأيتَه.

الرابعُ: المرأةُ إذا سألتْ أن يُفرَضَ لها النفقةُ في مالِ زوجِها الغائبِ، يُحَلِّفُها باللَّهِ ما أَعطاكِ نفقةً حينَ خرَج.

وهذا قولُ أبي يوسفَ، فأما عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: فلا تَحْلِفُ حتى يَطْلُبَ الخصْمُ اليمينَ؛ لأن اليمينَ حقٌّ لازِمٌ يُمْكِنُه المطالبةُ به، فلا يُستَوْفَى بغيرِ مطالبتِه كسائرِ الحقوقِ[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المستحِقَّ قد يَجْهَلُ وجوبَ اليمينِ في هذه المواضعِ، فوجَب أن يُطالِبَ بها القاضِي حتى لا يَقَعَ حكْمُه في غيرِ موضعِه.

قال: وإذا كانت الدارُ في يدِ رجلٍ ادَّعاها اثنانِ؛ أحدُهما جميعَها والآخرُ نصفَها، وأقاما البينةَ، فلصاحبِ الجميعِ ثلاثةُ أرباعِها، ولصاحبِ النصفِ ربُعُها عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هي بينَهما أثلاثًا[2].

وهذه المسألةُ مبنيةٌ على أصولٍ:

أحدُها: أن التساوِيَ في سببِ الاستحقاقِ يُوجِبُ التساوِيَ في نفْسِ الاستحقاقِ، كالبنينَ في الميراثِ.

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ١٩٨)، و«لسان الحكام» (ص٢٣٣).

(٢) ينظر: «الأصل» (٣/ ٢٩٠، ٣٣٣)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٠٤)، و«المبسوط» (١٥/ ٢٧)، و«الهداية» (٣/ ١٧١)، و«العناية» (٨/ ٢٧٥)، و«البناية» (٩/ ٤٠١).



أصلٌ آخرُ: وهو أن بينةَ صاحبِ اليدِ والخارجِ إذا تعارَضا في الملْكِ المطْلَقِ كان الخارِجُ أَوْلى، وقد مضَتْ[1].

أصلٌ آخرُ: وهو أن عندَ أبي حنيفةَ أن مَن يُدْلِي بسببٍ[2] صحيحٍ يَضْرِبُ[3] بجميعِ حقِّه كأصحابِ العَوْلِ، والموصَى له بالثلُثِ فما دُونَه، وغُرَماءِ الميتِ إذا ضاقتِ التركةُ عن دُيُونِه، وكلُّ مَن لا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ فإنه يَضْرِبُ بقَدْرِ ما يُصِيبُه حالَ المزاحمةِ، وذلك مثلُ مسألتِنا، ومثلُ الموصَى له بأكثرَ من الثلثِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَضْرِبُ كلُّ واحدٍ بجميعِ ذلك بمنزلةِ أصحابِ العَوْلِ[4].

والفرْقُ بينَ السببِ الصحيحِ وغيرِه على قولِ أبي حنيفةَ: أن كلَّ سببٍ يتعلَّقُ به الاستحقاقُ من غيرِ انضمامِ معْنًى آخَرَ إليه فهو سببٌ صحيحٌ، وما لا يتعلَّقُ به الاستحقاقُ إلا بمعْنًى يَنْضَمُّ إليه فليس بسببٍ صحيحٍ[5].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن السببَ الذي لا يتعلَّقُ به الاستحقاقُ بنفْسِه أضعفُ من السببِ الذي يتعلَّقُ به الاستحقاقُ بنفْسِه، بدليلِ أن الهبةَ والوصيةَ الذي[6] لا

---

(١) تقدَّم عند قول الماتن: «وكذلك النسْجُ في الثيابِ»، وقول الشارح: «وقد أقام كلُّ واحد منهما البينةَ على ملْكٍ مُطْلَقٍ فالخارجُ أَوْلى».

(٢) في (أ٢): «بنسب».

(٣) في (ق): «يصرَّف». وكذا في الموضع التالي.

(٤) ينظر: «العناية» (٨/ ٢٧٦).

(٥) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٨٤).

(٦) في (أ، ر، ظ، ع، ل): «اللاتي»، وفي (ض): «اللتان».

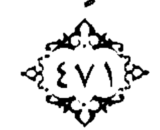
يتعلَّقُ الاستحقاقُ بعقدِهما أضعفُ من البيعِ الذي يتعلَّقُ الاستحقاقُ بعقدِه، فلو سوَّيْنا بينَهما في المضاربةِ لسوَّيْنا بينَ السببِ الضعيفِ والقويِّ، وهذا لا يَصِحُّ.

وجْهُ قولِهما: أن كلَّ واحدٍ منهما لو انفرَد استحقَّ جميعَ ما في يدِه، فإذا تزاحما ضرَب بما يدَّعِيه كأصحابِ العَوْلِ.

وأصلٌ آخَرُ: وهو أن المتداعِيَيْنِ لِعَيْنٍ في أيدِيهما تَنْصَرِفُ دعوى كلِّ واحدٍ منهما إلى ما في يدِه، وتَنْصَرِفُ الزيادةُ إلى ما في يدِ الآخَرِ، وذلك لأنه لو لم يكن كذلك صار متمسِّكًا لِما في يدِه من غيرِ حقٍّ، والواجبُ حمْلُ أَمْرِ المسلِمِ على الصحةِ ما أَمْكَن.

وإذا ثبتَتْ هذه الأصولُ جِئْنا إلى المسألةِ فقلنا: كلُّ واحدٍ من المتداعِيَيْنِ لا يُدْلِي بسببٍ صحيحٍ؛ ألا تَرى أن الدعوى لا يتعلَّقُ بها الاستحقاقُ إلا بانضمامِ معْنًى آخَرَ إليها، إما إقرارٌ أو بينةٌ أو حكْمُ حاكمٍ، وإذا كان كذلك انقسمَتِ الدارُ عندَ المنازعةِ على الدعاوَى، فنقولُ مدَّعِي النصفِ لا دعوى له في النصفِ الآخَرِ فانْفَرَد به صاحبُ الجميعِ، والنصفُ الآخَرُ كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِيه وقد أقاما البينةَ، والتساوِي في سببِ الاستحقاقِ يُوجِبُ التساوِيَ في نفْسِ الاستحقاقِ، فكان هذا النصفُ بينَهما نصفَيْنِ، فيُجْعَلُ لصاحبِ الجميعِ ثلاثةُ أرباعِ الدارِ، ولمدَّعِي النصفِ الربعُ.

وعلى قولِهما: يَضْرِبُ كلُّ واحدٍ بجميعِ دعواه؛ لأن الأسبابَ كلَّها سواءٌ عندَهما، فاحْتَجْنا إلى عددٍ له نصفٌ صحيحٌ وأقلُّه اثنانِ، فيَضْرِبُ بذلك صاحبُ الجميعِ، ويَضْرِبُ مدَّعِي النصفِ بسهمٍ فيكونُ بينَهما أثلاثًا.



قال: ولـو كانـت فـي أيدِيهمـا سَلِمَ[1] لصاحبِ الجميعِ نصفُهـا علـى وجْهِ القضاءِ، ونصفُها لا على وجْهِ القضاءِ.

وذلك لأن الدارَ في أيدِيهما واليدُ من أسبابِ الاستحقاقِ، فإذا تساوَيا في اليدِ تساوَيا في الاستحقاقِ، فصار في يدِ كلِّ واحدٍ منهما النصفُ، فمُدَّعِي النصفِ تَنْصَرِفُ دعواه إلى النصفِ الذي في يدِه دُونَ ما في يدِ صاحبِه على ما بيَّنَّا، وقد أقام الخارجُ البينةَ على ذلك النصفِ وأقام عليه صاحبُ اليدِ فكان الخارجُ أَوْلى، والنصفُ الذي في يدِ مدَّعِي الجميعِ لا مُنازِعَ له فيه، فبَقِي في يدِه لا على طريقِ القضاءِ.

قال: وإذا تنازعا دابَّةً وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً أنها نُتِجَتْ[2] عندَه، وذكَرا تارِيخًا وسِنُّ الدابَّةِ يوافقُ أحدَ التارِيخَيْنِ فهو أَوْلَى، وإن أَشْكَلَ ذلك كان بينَهما.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: وإذا تنازعا دابَّةً أحدُهما راكِبُها والآخَرُ متعلِّقٌ بِلجامِها فالراكِبُ أَوْلَى، وكذلك إذا تنازعا بَعِيرًا ولأحدِهما عليه حِمْلٌ فصاحبُ الحِمْلِ أَوْلى.

وذلك لأن الراكبَ له تصرُّفٌ ظاهرٌ فكان أَوْلى، كما لو تَنازعا دارًا أحدُهما ساكِنُها والآخَرُ بحلْقةِ البابِ أن الساكِنَ أَوْلى، وكذلك صاحبُ الحِمْلِ له يدٌ

---

(1) في (ح، غ، ي) «يسلم»، و(نسخة مختصر القدوري): «سلمت».

(2) قال في حاشية (ح): «يقال: نتجت الشاة والناقة بضم النون وكسر التاء تنتج نتاجًا ولدت، وقد نتجها بفتح النون».



ظاهرةٌ وتصرُّفٌ فكان أَوْلى.

قال: وإذا تنازعا قميصًا أحدُهما لابِسُه والآخَرُ متعلِّقٌ بكُمِّه فاللَّابِسُ أَوْلى.

لِما ذَكَرْنا.

فَصْلٌ

رجلٌ في يدِه دارٌ ادَّعى خارجٌ أنها له، وأقام بينةً أنها له مُذْ سنتَيْنِ، وأقام صاحبُ اليدِ البينةَ أنها في يدِه منذُ ثلاثِ سنينَ، روَى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنها لصاحبِ اليدِ(1).

وذكَر في «الأصلِ»: أنها للخارجِ(2).

وهو الصحيحُ، ووجْهُه أن البينةَ على اليدِ لا تُعارِضُ البينةَ على المِلْكِ، يُبيِّنُ ذلك أن اليدَ يَجوزُ أن تكونَ مِلْكًا ويَجوزُ أن تكونَ غيرها، ولهذا لو لم يُذْكَرِ التاريخُ كان المِلْكُ المطْلَقُ أَوْلى باتِّفاقٍ.

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن صاحبَ اليدِ أَثْبَتَ لنفْسِه اليدَ في زمانٍ لم يُنازِعْه المدعِي فيه، فأَثْبَت لنفْسِه بذلك حقًّا، والمدعِي أقام بينةً على حدوثِ مِلْكٍ بعْدَ ذلك لا من جهةِ صاحبِ اليدِ ولا من جهةِ مستَحَقٍّ عليه، فلا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه.

(1) ينظر: «المبسوط» (16/ 162)، و«تحفة الفقهاء» (3/ 184)، و«بدائع الصنائع» (6/ 234).

(2) ينظر: «الأصل» (7/ 594).



فَصْلٌ

دارٌ في يدِ رجلٍ ادَّعاها رجلٌ وجحَد صاحبُ اليدِ ذلك، فأقام المدعِي البينةَ أنها كانت في يدِه أمس لم يُقْضَ بهذه البَيِّنةِ، وحكَى الشيخُ أبو بكرٍ الرازي، عن أبي يوسفَ: أنه يُقْضَى بها، ويَدْفَعُ الدارَ إلى المدعِي[1].

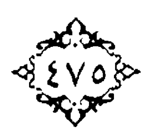
وجْهُ قولِهم المشهورُ: أن يدَ المدعِي زائلةٌ في الحالِ من طريقِ المشاهدةِ، ويدُ المدَّعَى عليه مشاهدةٌ في الحالِ، فلو قَبِلْنا بَيِّنةَ المدعِي لاستَصْحَبْنا اليدَ من طريقِ الاستدلالِ، ولا يَجوزُ رفْعُ يدٍ مشاهدةٍ بيدٍ من طريقِ الاستدلالِ، كما لو قالت الشهودُ: كانت في يدِه أمس وليست في يدِه الآنَ، ولو قالوا ذلك لم تُقْبَلْ شهادتُهم، فعَلِمْنا بذلك أنه أَوْلى.

وعلى هذا قال أصحابُنا: لو شَهِدُوا أنها كانت لأبيه لم تُقْبَلْ لأنهم شَهِدوا بملْكٍ كان قد عَلِمْنا زوالَه فلم يُمْكِن استصحابُه مع وجودِ ما يُنافِيه، ولا يَلْزَمُ إذا أقرَّ صاحبُ اليدِ أنها كانتْ في يدِ المدعِي أمس، أو قامتِ البينةُ على إقرارِه بذلك؛ لأن الإقرارَ يثْبُتُ حكْمُه بنفْسِه، ويُلْزَمُ المقِرُّ بوجودِ[2] ما يُنافِيه في الحالِ[3]

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٠٠)، و«النتف» (٢/ ٧٨٧)، و«المبسوط» (١٧/ ٣٦)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧٤).

(٢) في (أ، ح، ش، ض، ظ): «فوجود»، وفي (ش): «مع وجود».

(٣) بعده في (أ٢): «و».



لا يَمنَعُ من لُزُومِه، وليس كذلك الشهادةُ؛ لأنه لا يتعلَّقُ بها الاستحقاقُ إلا بحكْمِ الحاكِمِ، والحاكِمُ لا يَجوزُ أن يَسْتَصْحِبَ اليدَ مع وجودِ ما يُنافِيها.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن اليدَ سببٌ للاستحقاقِ كالملْكِ، فإذا جازتِ الشهادةُ بملْكٍ كان فكذلك تَجوزُ بيدٍ كانتْ.

الجوابُ: أن الملْكَ المتقدِّمَ لا يُعْلَمُ زوالُه فجاز استصحابُه، واليدُ قد عَلِمْنا زوالها، فلم يَجُزِ استِصْحابُها مع وجودِ ما يُنافِيها، وصار نظيرُ الشهادةِ باليدِ الشهادةُ بملْكٍ كان للميتِ.

وقد قالوا: لو أقام الخارجُ البينةَ أنها كانتْ في يدِه أمس أَخذها منه هذا، أو غصَبه إيَّاها، أو آجَرَه ووصلَتْ إليه من يدِه حكَم بها للخارِجِ؛ لأنهم شَهِدُوا بيدٍ كانت مع[1] جهةِ زوالِها فوجَب أن يُحْكَمَ بإعادتِها لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[2].

ونظيرُ هذا إذا شَهِدُوا أن هذه الدارَ كانتْ في يدِ فلانٍ إلى أن مات فإنه يُقْضَى بها لورثتِه لمَّا شَهِدُوا باليدِ مع جهةِ زوالِها وانتقالِ الملْكِ فيها.

وقد ذكَر محمدٌ في «كتابِ الدعوى»: في رجلَيْنِ تنازعا دارًا كلُّ واحدٍ منهما يدَّعِي أنها له وفي يدِه، قال: على كلِّ واحدٍ منهما البينةُ، وعلى كلِّ واحدٍ منهما اليمينُ[3].

---

(١) في (ش، غ): «من».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠) من حديث سمرة بن جندب. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(٣) ينظر: «الأصل» (٧/ ٥٧٥).



لأن كلَّ واحدٍ منهما مُعْتَرِفٌ بوجوبِ الخصومةِ عليه لمَّا ادَّعى أن الدارَ في يدِه، فإذا أقام أحدُهما بينةً أنها في يدِه تثبُتُ له اليدُ وصار هو المدَّعَى عليه، وإن قامتْ لكلٍّ واحدٍ منهما بينةٌ أنها في يدِه، جعَل القاضِي الدارَ في أيدِيهما؛ لأنهما تَساوَيا في إثباتِ اليدِ.

وقد قال أصحابُنا: إن المدعِي إذا قال: هذه الدارُ مِلْكِي وفي يدِي. لم تُسمَعْ دعواه؛ لأنه أقرَّ أنه لا حقَّ له على الخصْمِ إذا كان ملْكُه في يدِه[1]. فعلى هذا في مسألةِ «كتابِ الدعوى»: الخصمُ قد اعْتَرف أنها في يدِه، فجاز أن تُسْمَعَ[2] بيِّنتُه عليه لاعْتِرافِه بلُزُومِ الخصومةِ له.

وقد حكَى الخصَّافُ عن أصحابِنا: أن رجلًا لو ادَّعى أن الدارَ التي حدُّها كذا في يدِ هذا، أو أنها له وأقام البينةَ، أنها لا تُقْبَلُ حتى يَشْهَدُوا أن الدارَ في يدِه، ثُمَّ يُقِيمَ المدعِي البينةَ أنها له؛ لأنه لا يُؤْمَنُ أن يتَّفِقا على دارٍ في يدِ غيرِهما، فيسمع البينة من غيرِ خصْمٍ[3].

فعلى هذا يَجِبُ أن لا تُسْمَعَ[4] البينةُ في مسألةِ «كتابِ الدعوى»، إلا أن تُحْمَلَ المسألةُ التي حكاها الخصَّافُ على أن الخصْمَ منكِرٌ لليدِ، وفي مسألةِ الدعوى كلُّ واحدٍ منهما مُعْتَرِفٌ باليدِ.

ومِن أصحابِنا مَن حمَل مسألةَ الدعوى على أنهما أقاما البينةَ على اليدِ، ثُمَّ

(١) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٣٥).

(٢) في (أ٢): «تستمع»، ورسم بغير نقط في (ح، ض)، وفي (ر، س، ش، ظ، ع، غ): «يسمع».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٣٦).

(٤) في (ح): «نسمع»، وفي (س، ش، ظ، ع، غ، ل): «يسمع»، ورسم بغير نقط في (ض).

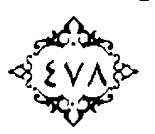


أقام أحدُهما البينةَ على الملْكِ، فإن وَضَعْنا المسألةَ على أنهما لم يُقِيما البينةَ على اليدِ حتى أقام أحدُهما بينةً على الملْكِ، فإن القاضِيَ يَجِبُ أن يَقْضِيَ له في حقِّ صاحبِه خاصةً دُونَ غيرِه، حتى لو وُجِدتِ الدارُ في يدِ ثالثٍ لم تُنْزَعْ من يدِه لجوازِ أن يكونا احْتالَا فسَمِع[1] البينةَ في حقِّ الخصْمِ الحاضِرِ دُونَ غيرِه.

وأما إذا لم يكن لواحدٍ منهما بَيِّنةٌ حلَف كلُّ واحدٍ منهما، فإن حلَفا جميعًا لم يُقْضَ لواحدٍ منهما باليدِ؛ لأنه لم يَثْبُتْ لواحدٍ منهما شيءٌ، فإن نكَلا جميعًا قُضِي باليدِ بينَهما في حقِّهما خاصةً، فإن نكَل أحدُهما قُضِي عليه خاصةً، حتى لو وُجِدتْ في يدِ ثالثٍ لم تُنْزَعْ من يدِه.

---

(١) في (س، ض، ل): «فاستمع»، وفي (غ، ي): «فتسمع».



فصل

قال أبو حنيفةَ: في عبدٍ كبيرٍ في يدِ رجلٍ فأقرَّ أنه عبدٌ لآخَرَ، وصاحبُ اليدِ يدَّعِيه، فالقولُ قولُ صاحبِ اليدِ دُونَ العبدِ[1].

وذلك لأن الكبيرَ في يدِ نفْسِه ولا تثْبُتُ عليه اليدُ في الظاهرِ؛ لأنه يُعَبِّرُ عن نفْسِه، فإن قال: أنا حُرٌّ. فالقولُ قولُه، وإنِ اعْتَرَف بالرِّقِّ فقد أقرَّ بأنه لا يدَ له على نفْسِه، وأنه مِمَّا تثْبُتُ عليه اليدُ، فصار في يدِ مَن هو في يدِه، ولا يُقْبَلُ قولُه في إزالةِ اليدِ وصار بمنزلةِ الصغيرِ الذي تثْبُتُ عليه اليدُ.

وقالوا في الصغيرِ إذا كان في يدِ رجلٍ فادَّعى أنه عبدُه، ثُمَّ كَبِر فادَّعى أنه حرٌّ: لم يُقْبَلْ قولُه؛ لأنا قد حكَمْنا بثبوتِ اليدِ عليه فلا يُقْبَلُ قولُه في إزالتِها[2]. ولو لم يدَّعِ صاحبُ اليدِ في حالِ الصِّغَرِ أنه عبدُه حتى كَبِر فادَّعى أنه عبدُه، وقال الغلامُ: أنا حُرٌّ. فالقولُ قولُ الغلامِ؛ لأنه لمَّا لم يتقدَّم الدعوى لم يُحْكَمْ بالرِّقِّ، وقد صار بعْدَ البلُوغِ في يدِ نفْسِه فكان المرجِعُ إلى قولِه.

وقد قالوا: إذا شَهِد الشهودُ أن فلانًا مات وهذه الدارُ في يدِه. فإنِّي أَقْضِي بها[3] للورثةِ، وإن قالوا: وهو فيها. لم أَقْضِ بها، وجملةُ ذلك أنهم إذا شَهِدُوا بيدِ

---

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٦٠١).

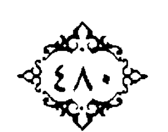
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٦)، و«الهداية» (٣/ ١٧٢)، و«العناية» (٨/ ٢٨٤).

(٣) في (غ): «فيها».



للميتِ عندَ الموتِ كانت ميراثًا؛ لأن الموتَ جهةٌ لنقْلِ الملْكِ، فكلُّ شيءٍ في يدِه ينتَقِلُ إلى ورثتِه إلا أن يُستَحَقَّ عليه، ولأن الأملاكَ لا طريقَ إلى إثباتِها إلَّا بظاهرِ اليدِ والتصرُّفِ، فإذا شَهِدُوا باليدِ مع جهةِ الانتقالِ صار كأنهم شَهِدُوا بالملْكِ.

وعلى هذا أيضًا: إذا شَهِدُوا أن هذا الشيءَ كان في يدِ فلانٍ إلى أن باعه وسلَّمه؛ أنها شهادةٌ بالملْكِ لمَّا شَهِدُوا باليدِ مع جهةِ انتقالِ الملْكِ. وكذلك لو شَهِدُوا أن فلانًا مات وهو راكبٌ هذه الدابَّةَ. لأن الركوبَ تصرُّفٌ ويدٌ، بدليلِ أن مَن رَكِب دابَّةَ غيرِه صار غاصِبًا، وليس كذلك إذا شَهِدُوا أنه مات فيها؛ لأن كونَ الإنسانِ في دارٍ وموتُه فيها ليس بيدٍ ولا تصرُّفٍ، بدليلِ أن مَن دخَل دارَ غيرِه بغيرِ إذْنِه وجلَس فيها لم يكن غاصبًا عندَ مَن يقولُ: إن العقارَ يُضْمَنُ بالغصبِ. فلم يَشْهَدُوا له بملْكٍ ولا بيدٍ ولا تصرُّفٍ، فلا يَسْتَحِقُّها الورثةُ.



فصل

وقد قال أصحابُنا: في حائطٍ بينَ دارَينِ ادَّعاه كلُّ واحدٍ من صاحِبَي الدارَيْنِ أنه له، فإن كان لأحدِهما عليه جذوعٌ فهو لصاحبِ الجذُوعِ، والأصلُ في ذلك أن يدَ كلِّ واحدٍ من صاحِبَي الدارَيْنِ على الحائطِ ثابتةٌ من طريقِ الحكْمِ، بدليل أنه يَسْتَظِلُّ به، وإذا كان كذلك جاز أن تترجَّحَ إحدى اليدَيْنِ على الأخرى بالعلامةِ، كما ذَكَرْنا في متاعِ البيتِ[1].

وقد قال الشافعيُّ: هما سواءٌ[2].

لنا: أنهما تنازعا في الحائطِ ولأحدِهما عليه ما يُبْنَى له الحائطُ، فوجَب أن يكونَ أَوْلى مِمَّن له مجرَّدُ الاستِظْلالِ، أصلُه إذا كان لأحدِهما عليه أَزَجٌ[3]، ولا يَلْزَمُ إذا كان لأحدِهما اتِّصالٌ بالتربيعِ[4]؛ لأن له معنًى زائدٌ على الاستِظْلالِ،

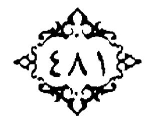
(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٧)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٣٤٣).

وسيأتي الكلام عن المتاع عند قول الماتن: «وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٠٤)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٤٧٩)، و«التهذيب» (٤/ ١٥٦).

(٣) الأزج: بيت يبنى طولاً، وأزجته تأزيجًا إذا بنيته، كذلك ويقال: الأزج السقف والجمع آزاج، مثل سبب وأسباب. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٤).

(٤) صورة التربيع أن يكون الحائط بين دارين وإحداهما ممتدة معه والأخرى تقصر عنه. ينظر: «تحرير التنبيه» (ص٣٣٧).



ولا يَلْزَمُ الهَرَادِيُّ[1] لأن الحائطَ لا [2]يُبْنَى لها[2].

فإن قيل: معْنًى حادِثٌ في الحائطِ بعدَ بُنيانِه فوجَب أن لا يُقدَّمَ به دعوى أحدِهما، كالتجْصِيصِ[3] والتزْويقِ.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ؛ لأن الترجيحَ أبدًا يَقعُ في الأملاكِ بمعْنًى حادِثٍ، ألا ترى أنا نُرجِّحُ في الدارِ بالسكْنى، وفي مدَّعِي الدابَّةِ بالحِمْلِ، وكلُّ هذه المعاني حادِثةٌ.

والشافعيُّ: يُرَجِّحُ بالأَزَجِ[4]، وهو مثلُ الخشَبِ؛ لأن الحائطَ أوَّلًا يُبْنَى، ثُمَّ يُعْمَلُ الأَزَجُ من حدِّ التعْويجِ كما يُبْنَى الحائطُ، ثُمَّ يُوضعُ عليه الخشَبُ، ثُمَّ يُتمَّمُ البناءُ بعْدَ وضْعِه، وأما التجصيصُ فهو معْنًى لا يُبْنَى الحائطُ لأجْلِه فلم يَقَعْ به الترجيحُ، والخشَبُ يُبْنَى له الحائطُ في الغالبِ، فالظاهرُ أن صاحبَه هو الذي بَنَاه فيُرَجَّحُ به.

فإن كان لهما جميعًا عليه جذوعٌ فهو بينَهما نصفانِ، وسواءٌ كثُرتْ جذوعُ أحدِهما أو قلَّتْ بَعْدَ أن يكونَ لأحدِهما ثلاثةُ جذوعٍ، وذلك لأنهما تَساوَيا في كونِ الحِمْلِ لهما على الحائطِ، فلا مُعْتَبَرَ بالزيادةِ إذا كان لكلِّ واحدٍ منهما

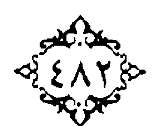
---

(١) الهراديّ: أطراف القصب التي توضع على الحائط في البناء، والمفرد: هُرديّ. ينظر: «طلبة الطلبة» ص ١٢٠.

(٢-٢) في (أ٢، س، غ، ي): «يبنى له»، وفي (ش): «يتبين له»، وفي (ل): «يتناولهما».

(٣) جصَّص الدار: عملها بالجص، والجص: بفتح الجيم وكسرها هو حجارة بيض تحرق بالنار، ويصب عليها الماء، فيصير طحينًا يطلى به البناء كالنُّورة، وهو معرَّب. ينظر: «النظم المستعذب» (١/ ١٥)، و«المصباح المنير» (١/ ١٠٢).

(٤) ينظر: «المهذب» (٣/ ٤٢٣)، و«بحر المذهب» (٥/ ٤٢٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٥).



حِمْلٌ مقصودٌ، كما لو تنازعا في بعيرٍ ولأحدِهما عليه مئةُ رِطْلٍ وللآخَرِ خمسونَ أنهما جميعًا سواءٌ، كذلك هذا.

فإن كان لأحدِهما جذعٌ واحدٌ أو اثنانِ وللآخَرِ ثلاثةٌ فهو لصاحبِ الثلاثةِ، ولصاحبِ ما دُونَ الثلاثةِ موضعُ جذْعِه والحائطُ للآخَرِ، وهو روايةُ أصحابِ «الإملاءِ»[1]، عن أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ[2].

وذكَر محمدٌ في «الإقرارِ»: أن الحائطَ كلَّه لصاحبِ الخشَبِ الكثيرِ، ولصاحبِ الخشبةِ الواحدةِ ما تحتَ خشبتِه، يَعْنِي: حقَّ الوضعِ.

وفي روايةِ «كتابِ الدعوى»: لكلِّ واحدٍ منهما ما تحتَ خَشَبِه[3].

والقياسُ أن يكونَ بينَهما نصفينِ، ووجْهُه: أنَّ وضْعَ الخشَبِ تصرُّفٌ فهو بذلك في أيدِيهما فلا مُعْتبَرَ بالقلَّةِ والكثرةِ، كثوبٍ يُنازِعُه نفسانِ أحدُهما مُمْسِكٌ بطرَفِه والآخَرُ بأكثَرِه، وإنما ترَكوا القياسَ؛ لأن وضْعَ الخشَبِ إذا استَحقَّ به الحائطَ استَحَقَّ صاحبُ القليلِ بقدْرِ خشبِه، وصاحبُ الكثيرِ بقدْرِ خشبِه، لثبوتِ يدِ كلِّ واحدٍ منهما في ذلك المقدارِ الذي وُضِع عليه.

---

(١) هم كبار أصحاب الإمام حيث كانوا يجتمعون حول الإمام، فيملي عليهم ما فتح اللَّه به عليه من الأمالي، ثُمَّ يجمعونها في كتاب واحد ويسمونه بالأمالي أو بالإملاء، وكان ذلك من عادة السلف من الفقهاء والمحدثين، ومن أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: بشر بن الوليد، ومحمد بن سماعة، والمعلى بن منصور. ينظر: «مجموع رسائل ابن عابدين» (١/ ٤٧).

(٢) ينظر: «المحيط البرهاني» (٩/ ١٣٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٨/ ١٧٤ - دار الفكر).

(٣) في (أ٢، غ): «خشبته». وينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢١٢)، و«التجريد» (٦/ ٢٩٦٥)، و«المبسوط» (١٧/ ٨٩)، و«الهداية» (٣/ ١٧٥)، و«البناية» (٩/ ٤١٠).

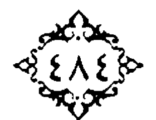


وجْهُ روايةِ «كتابِ الإقرارِ»: أنَّ الخشبَ الكثيرَ حِمْلٌ مقصودٌ؛ لأن الحائط يُبْنَى له، والخشبةُ الواحدةُ ليس بحِمْلٍ مقصودٍ، فصار كبعيرٍ تَنازَعه رجلانِ لأحدِهما عليه حِمْلٌ وللآخَرِ إداوةٌ[1]، إلا أن على هذه الروايةِ تُتْرَكُ خشبةُ الآخَرِ بحالِها؛ لأن صاحبَ الخشَبِ الكثيرِ استَحَقَّ الحائطَ بالظاهرِ، والظاهرُ لا يُستَحَقُّ به حقٌّ على الغيرِ فلم يَجُزْ أن يُزيلَ يدَه، ويُفارِقَ ذلك الإداوةُ؛ لأن وضْعَ الإداوةِ لا يَجوزُ أن يُستَحَقَّ في ملْكِ الغيرِ وإنما يُستَحَقُّ في جهةِ مالِكِه استحقاقًا مؤقتًا، فإذا لم يثْبُتِ الاستحقاقُ أُمِر بالإزالةِ، والخشبةُ الواحدةُ يَجوزُ أن يُسْتَحَقَّ موضعُها على التأْبيدِ في أصلِ ملْكِ الحائطِ، إذا شُرِط ذلك في أصلِ القِسْمةِ فلم يُؤْمَرْ بالإزالةِ.

وقد اختلَف أصحابُنا المتأخِّرُون على الروايةِ التي نقولُ فيها: لكلِّ واحدٍ ما تحتَ خشبِه؛ ما حُكْمُ ما بينَ الخشَبِ؟ فقال بعضُهم: هو بينهما نصفانِ؛ لأنه لا يدَ لأحدِهما فيه فلم يكن أحدُهما أَولى من الآخَرِ، كرجلَيْنِ تنازعا دارًا في يدِ أحدِهما بيتٌ منها، وفي يدِ الآخَرِ بيتانِ أن الباقِيَ بينَهما نصفانِ، كذلك هذا.

ومنهم مَن قال: يكون ذلك بينَهما على قدْرِ خشبِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأن صاحبَ الكثيرِ مُستَعْمِلٌ للحائطِ أكثرَ من استعمالِ الآخَرِ، ألا تَرى أن الجذوعَ تتقوَّى على ما تحتَها بما يَلِيها، فصار مُستعمِلًا لِما يَلِي الجذوعَ كما هو مُستعْمِلٌ لموضعِ الجذوعِ، فلهذا كان بينَهما على قدْرِ الجذوعِ، وأما إذا اختلَفا في الحائطِ ولأحدِهما اتصالٌ به من أحدِ جانِبَيْهِ وللآخرِ عليه جذوعٌ، والاتِّصالُ

(١) الإداوة: ما يعلَّق على البعير. ينظر: «المغرب» (ص٣٢٧).



هو مداخلةُ اللَّبِنِ بعضُه في بعضٍ، فذكَر في «كتابِ الدعوى»: أن صاحبَ الجذوعِ أَوْلى.

وذكَر الطحاويُّ: أن صاحبَ الاتِّصال أَولى[1].

وجْهُ الروايةِ الأُولى: أن الجذوعَ تصرُّفٌ ظاهرٌ، والاتِّصالُ من جانبِ يدٍ، وصاحبُ التصرُّفِ أَوْلى من صاحبِ اليدِ، كما لو تنازعا الدابَّةَ راكِبٌ عليها ومتعلِّقٌ بلِجامِها.

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن الاتِّصالَ يَجْعَلُ الجميعَ كحائطٍ واحدٍ، وقد حكَمْنا ببعضِه لصاحبِ الدارِ فاستحقَّ باقِيَه.

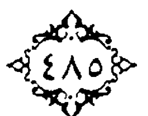
وكان الشيخُ أبو عبدِ اللَّهِ يقولُ: هذه الرواية [2]هي الصحيحةُ؛ فإن[2] كان لأحدِهما اتِّصالُ تربيعٍ، وهو أن يكونَ الحائطُ مداخِلًا بجانِبَيْهِ لحائطِ المنازِعِ، فيَصِيرُ الجميعُ بناءً واحدًا، وهو كالقُبَّةِ والأَزَجِ، فإذا حكَمْنا له ببعضِه حكَمْنا له بجميعِه، ويكون أَوْلى من صاحبِ الجذوعِ.

وإذا ثبَت أن اتِّصالَ التربيعِ يستحِقُّ الحائطَ تُرِكتِ الجذوعُ على حالِها، لِما بيَّنَّا أن صاحبَ التربيعِ استحَقَّ الحائطَ بالظاهرِ، فلا يَجوزُ أن يَستَحِقَّ بذلك يدُ صاحبِ الجذوعِ، وليس يَمْتَنِعُ أن يكونَ الحائطُ في الأصلِ لأحدِهما، وللآخَرِ عليه حقُّ الوضعِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢١٠)، و«المبسوط» (١٧/ ٨٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٧).

(٢-٢) كذا في (ج، ض، ض٢، ظ)، وفي (ض١): «هو الصحيح وإن»، وفي (ي): «هو الصحيح إن»، وفي باقي النسخ: «هو الصحيح فإن».



وعلى هذا قالوا في السفْلِ والعُلْوِ: إذا ادَّعى صاحبُ السفْلِ العُلْوَ، وصاحبُ العُلْوِ السفْلَ أن السفْلَ لِمَن هو في يدِه، ولصاحبِ العُلْوِ حقُّ الوضْعِ على حالِه لا تُزالُ يدُه عنه بالظاهِرِ.

ولا يُشْبِهُ هذا حائطٌ بينَ دارَيْنِ لأحدِهما عليه جذوعٌ، وأقام الآخَرُ البينةَ أنه له فقَضَى القاضِي بِبَيِّنَتِه أنه يأْمُرُ الآخَرَ برفْعِ الجذوعِ؛ لأن الملْكَ استُحِقَّ بالبَيِّنةِ لا بالظاهرِ، والبينةُ يَجوزُ أن تُستَحَقَّ بها يدُ الغيرِ، ولو كان لأحدِهما عليه سُتْرةٌ أو بِناءٌ فهو لصاحبِ السُّتْرةِ والبناءِ؛ لأنه حِمْلٌ مقصودٌ فأَشْبَهَ البَعِيرَ إذا كان لأحدِهما عليه حِمْلٌ، وإذا كان لأحدِهما عليه بَوارِيٌّ[1] أو هَرادِيٌّ لم يَسْتَحِقَّ به شيئًا؛ لأنه ليس بحِمْلٍ مقصودٍ، ألا تَرى أن الحائطَ لا يُبْنَى لذلك، فهو بمنزلةِ أن لو تنازعا دابَّةً ولأحدِهما عليها إداوةٌ أو مِخْلَاةٌ[2] أنه لا يُرجَّحُ بذلك ويكونُ بينَهما، كذلك هذا.

وإذا كان الخُصُّ[3] بين دارَينِ فادَّعاه كلُّ واحدٍ منهما، والقُمُطُ إلى أحدِهما فهو بينَهما نصفَيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هو لِمَن إليه القُمُطُ[4].

---

(١) البواري: جمع باريّ، وهو الحصير، ويقال له البورياء بالفارسية. ينظر: «المغرب» (ص٤٢).

(٢) المخلاة: هي التي يجعل فيها الخلا بالقصر، وهو الحشيش. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١١٢).

(٣) الخص: بضم الخاء، وهو بيت يتخذ من قصب. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١٢).

(٤) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٤)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٨).

والقمط: جمع قِماط، وهو الحبل الذي تُشد به قوائم الشاة، والخرقة التي تُلف على الصبي إذا شد في المهد. ينظر: «المغرب» (ص٣٩٣).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن القُمُطَ نفْسُ الخُصِّ، والشيءُ لا يُجْعَلُ دليلًا على نفْسِه، ولأن صاحبَ الملْكِ قد يَجْعَلُ القُمُطَ إلى جارِه ليكونَ الوجْه المستوي إليه لِيُطَيِّنَه أو يُجَصِّصَه، وإذا جاز ذلك لم يَقَعْ به ترجيحٌ.

وجْهُ قولِهما: «أن رجلَيْنِ تنازعا في خُصٍّ، فأَنْفَذ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حذيفةَ ابنَ اليمانِ فقضَى بالخُصِّ لِمَن إليه القُمُطُ، وذكَر ذلك للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرَضِيه»(١).

الجوابُ: أنه يَحْتَمِلُ أنه قضَى له بسببٍ آخَرَ، وذِكْرُ القُمُطِ على وجْهِ التعريفِ، كما يُقالُ: قضَى لصاحبِ الطَّيْلَسانِ. ولا يدُلُّ أن القضاءَ وقَع لأجلِه، وكذلك أيضًا قال أبو حنيفةَ: إذا كان وجْهُ البناءِ واتِّصالُ اللَّبِنِ والطاقاتُ إلى أحدِهما، لم يُحْكَمْ به عندَ أبي حنيفةَ لِما ذكرناه.

وعندَهما: يُرجَّحُ بذلك اعتبارًا بالعادةِ، وهو أن الإنسانَ يَجْعَلُ وجْهَ البناءِ إلى صاحبِ الملْكِ، وكذلك الطاقاتُ فتُرجَّحُ به(٢).

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٣)، والبزار (٣٧٩١)، وابن المنذر (٦٦٤٣)، والدارقطني (٤٥٤٥) من دهثم بن قران، عن نمران بن جارية، عن أبيه. قال ابن المنذر: «دهثم بن قران مجهول، ونمران بن جارية وأبوه غير معروفين، ولا يُدرى هل لجارية صحبة أم لا، والإسناد إذا كان هذا سبيله فالاعتماد عليه غير جائز». وقال الدارقطني: «لم يروه غير دهثم بن قران وهو ضعيف، وقد اختلف في إسناده». وينظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ٦٧).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٤)، و«المبسوط» (١٨/ ٥٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٨).



فَصْلٌ

إذا اختلَف صاحبُ العلْوِ والسفْلِ في السقْفِ فهو لصاحبِ السفْلِ[1].

وقال الشافعيُّ: هو بينَهما[2].

لنا: أنهما تنازعا محمولًا على ملْكِ أحدِهما فكان أَوْلى به إذا لم يكن مع الآخَرِ ترجيحٌ، كما لو اختلَفا في متاعٍ محمولٍ على بَعِيرِ أحدِهما، ولا يَلْزَمُ إذا كان أحدُهما راكبًا فوقَ المتاعِ؛ لأن معه ترجيحًا، ولا يَلْزَمُ بناءُ العلْوِ؛ لأن صاحبَ السفْلِ إن ادَّعاه كان له، وإنما وضْعُ المسألةِ على أنه سلَّمه لصاحبِ العلْوِ.

فإن قيل: إنه حاجزٌ بينَ مِلْكَيْهما غيرُ متَّصِلٍ ببناءِ أحدِهما اتصالَ البُنْيانِ، فوجَب أن يكونَ في أيدِيهما، أصلُه بينَ الدارَيْنِ.

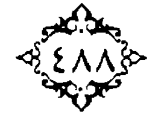
قيل له: جذوعُ السقْفِ مداخِلةٌ لبناءِ صاحبِ السفْلِ مداخلةً سابقةً لبناءِ صاحبِ العلْوِ، فهو كاتِّصالِ الحائطِ ببناءِ أحدِهما، فأما الحائطُ بينَ الدارَيْنِ فليس بمبْنِيٍّ على ملْكِ أحدِهما، وفي مسألتِنا الجذوعُ محمولةٌ على بناءِ أحدِهما، فوِزانُ السقْفِ من الحائطِ أن يكونَ مَبْنِيًّا في عَرْصَةِ[3] أحدِهما.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٣/ ٢٨٠)، و«التجريد» (٦/ ٢٩٦٩)، و«النتف» (٢/ ٧٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٥٧).

(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٣١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٠٤)، و«الحاوي» (٦/ ٣٩٨).

(٣) العَرْصةُ: بوزن الضَّرْبة كلُّ بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع العِراص، والعَرَصات. =



وقد قال أبو حنيفةَ: ليس لصاحبِ العلْوِ أن يُعْلِيَ على علْوِه شيئًا، ولا يَضَعَ عليه جذوعًا لم تكن، وليس لصاحبِ السفْلِ أيضًا أن يَهْدِمَ السفْلَ، ولا أن يَفْتَحَ فيه بابًا، ولا كَوَّةً[1]، ولا يُدْخِلَ فيه جُذُوعًا؛ لأن صاحبَ العلْوِ له حقُّ الحِمْلِ في مقدارٍ معيَّنٍ، فلا يَجوزُ له الزيادةُ عليه أَضَرَّ بالمحمول عليه أو لم يضر، كمن استأجر بعيرًا ليحمل عليه قدرًا معلومًا، وكذلك لا يجوز لصاحبِ السفْلِ التصرُّفُ فيها، كما لا يَجوزُ للمؤجِّرِ أن يتصرَّفَ في البهيمةِ ولا أن يُخْرِجَها.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: كلُّ ما لا يَضُرُّ بالسفْلِ والعلْوِ فهو جائزٌ؛ لأن السفلَ مِلْكٌ لصاحبِه، وإنما مُنِع من التصرُّف لئلَّا يَضُرَّ بحقِّ غيرِه، فما لا يَضُرُّ به لا يُمْنَعُ منه كالسكْنى[2].

وإذا انهدم العلْوُ والسفْلُ لم يُجْبَرْ صاحبُ السفْلِ على البناءِ عندَ أصحابِنا، ويُقالُ لصاحبِ العلْوِ: ابْنِ السفْلَ إن شئْتَ، وابْنِ عليه عُلْوَكَ. فإن فعَل ذلك فله أن يَمْنَعَ صاحبَ السفْلِ من سُكْناهُ حتى يؤدِّيَ إليه قيمةَ البناءِ مبنيًّا، وإنما لم يُجْبَرْ على البناءِ خلافَ أحدِ قولَيِ الشافعيِّ[3]؛ لأن السفْلَ ملْكٌ له يَنْفَرِدُ به فلا يُجبر على عمارةِ مِلْكِه لِيَنْتَفِعَ به غيرُه[4].

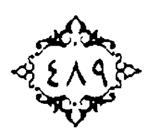
ينظر: «مختار الصحاح» (ص٢٠٥).

(١) قال في حاشية (ح): «الكوة: بفتح الكاف وتشديد الواو، فتح في الحائط، وجمعها كواء بكسر الكاف والمد كقصعة وقصاع، ويجوز كوًا بالقصر كمدرة وبِدَر، وحكى الجوهري وغيره لغة في المفرد كوة بضم الكاف، وجمعها كوى بضم الكاف أيضًا كركبة وركب، وهي لغة غريبة. المجمع».

(٢) ينظر: «البناية» (٩/ ٦٥)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٩٤).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٠٠)، و«المهذب» (٢/ ١٤٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢١٦).

(٤) ينظر: «الأصل» (٣/ ٢٧٣، ٢٧٩، ٢٩٩)، و«التجريد» (٦/ ٢٩٧٢).



ولا يُشْبِهُ هذا إذا هدَمه صاحبُ السفْلِ؛ لأنه أَبْطَل حقَّ غيرِه بفِعْلِه فجاز أن يَلْزَمَه إعادتُه، بمنزلةِ المولى إذا قتَل عبدَه وعليه دَينٌ أن عليه قيمتَه.

وإذا ثبَت أنه لا يُجْبَرُ على البناءِ، قيل لصاحبِ العلْوِ: إن شئتَ فابْنِ. لأن له في بناءِ السفلِ منفعةً فصار كمستأجِرِ البعيرِ إذا ترَك[1] أن يَعْلِفَه لم يكن لصاحبه مَنْعُه، وإنما قلنا له: مُنِع صاحبُ السفْلِ من الانتفاعِ به. لأن العرصةَ وإن كانت على مِلْكِه فلصاحبِ العلْوِ فيها مالٌ قائمٌ وهو البناءُ، فهو بمنزلةِ ثوبٍ لرجلٍ وقَع في صِبْغٍ لآخَرَ لم يكن لصاحبِ الثوبِ أن ينتفِعَ به حتى يؤدِّيَ قيمةَ الصِّبْغِ.

وقد قال الشافعيُّ: له أن يَسْكُنَ وليس له أن ينتَفِعَ بالبناءِ[2].

وأما ما يَرْجِعُ به فقال في «كتابِ الدعوى»: يَرْجِعُ بقيمةِ البناءِ قائمًا[3].

وقال الخصافُ: يَرْجِعُ بما أَنْفَق[4].

وجْهُ الروايةِ الأُولى: أن العَرْصةَ لصاحبِها ولصاحبِ العلْوِ فيها مالٌ قائمٌ، فلم يَجُزِ الانتفاعُ به حتى يؤدِّيَ قيمتَه، كالثوبِ الذي وقَع في صِبْغِ رجلٍ أنه يَلْزَمُه ما زاد فيه الصبغُ، كذلك هذا.

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن صاحبَ العلْوِ مأْذُونٌ في الإنفاقِ من طريقِ الحكْمِ، فوجَب أن يَرْجِع بما أَنْفَق، كالأبِ والوَصِيِّ إذا أنفقا على ملْكِ الصغيرِ.

---

(١) في (ح، س، ض، ظ، ل): «بدل»، وفي (ش): «بذل».

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٤٢)، و«التهذيب» (٤/ ١٥٨).

(٣) ينظر: «الأصل» (٩/ ٢٣٢).

(٤) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٩٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٦٤).

وعلى هذا: الحائطُ بينَ الدارَيْنِ إذا سقَط لم يُجْبَرْ واحدٌ منهما على بنائِه؛ لأن التخلُّصَ من ضررِ الشركةِ يُمْكِنُ بالتراضِي بالقسمةِ، فإن كان عليه لأحدِهما جذوعٌ وأراد الآخَرُ قسمةَ عرصتِه لم يُجْبَرْ على ذلك؛ لأن حقَّ صاحبِ الجذوعِ قد تعلَّق بجميعِ العَرْصةِ، فلو قُسِم ذلك لسقَط حقُّه عن بعضِها، فإن طلَب صاحبُ الجذوعِ القسمةَ جاز؛ لأنا إنما نَقْسِمُ لحقِّه، فإذا رَضِي بإسقاطِ حقِّه جاز، فإن هدَم الحائطَ أحدُهما كُلِّف إعادتَه؛ لأنه متعدٍّ في ذلك، فإن سقَط بنفْسِه ولأحدِهما عليه خشبٌ فله أن يَبْنِيَ ويَمْنَعَ الآخَرَ من الانتفاعِ به حتى يُسلِّمَ نصفَ قيمتِه، كما ذكَرْنا في السفْلِ والعلْوِ.

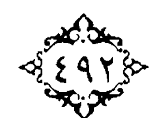
فصل

إذا كان لرجلٍ بابٌ من دارِه في دارِ رجلٍ، فأراد أن يَمُرَّ في دارِ الرجلِ من ذلك البابِ، فلصاحبِ الدارِ منْعُه إلا أن يأتِيَ بشاهدَيْنِ يَشهدَانِ أنه طريقٌ له ثابتٌ فيها، وذلك لأنه يدَّعِي حقًّا في ملْكِ غيرِه فلا يُقْبَلُ قولُه إلا ببينةٍ، فإن أقام البينةَ على ذلك قضَى له، فإن شَهِد الشهودُ أنه كان يَمُرُّ فيها من هذا البابِ لم يَستَحِقَّ بهذه الشهادةِ شيئًا؛ لأن هذه شهادةٌ بيدٍ كانت، وذلك لا يتعلَّقُ به استحقاقٌ، فإذا شَهِدُوا أنه طريقٌ ثابتٌ فلا بُدَّ أن يُبَيِّنُوا موضعَ الطريقِ من الدارِ ومقدارَه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن الشهادةَ مقبولةٌ وإن لم يُبَيِّنُوا ذلك؛ لأن الجهالةَ إنما تؤثِّرُ في الشهادةِ لأنه لا يُمْكِنُ الحكْمُ بها، فإذا أَمْكَن الحكْمُ بها لم تؤثِّرِ الجهالةُ، والطريقُ موضِعُه معلومٌ وهو بينَ البابَيْنِ، ومقدارُه مقدارُ عرْضِ البابِ فصار معلومًا وإن لم يُبَيِّنُوه (١).

وعلى هذا: إذا كان لرجلٍ ميزابٌ في دارِ رجلٍ فله منْعُه من تسييلِ الماءِ فيه حتى يُقِيمَ البينةَ أن له في هذه الدارِ مسيلَ ماءٍ بحقٍّ، لِما بيَّنَّا أن مَن ادَّعى حقًّا في ملْكِ غيرِه لا يثبُتُ إلا ببينةٍ لا بمجرَّدِ دعواه، ولأن الميزابَ في ملْكِ نفْسِه فلا يستحِقُّ به حقًّا على غيرِه.

(١) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٦)، و«المبسوط» (١٧/ ٩٣).



وقد ذكر أبو الليثِ، عن شيوخِنا المتأخِّرينَ من الخُراسانيَّةِ أنهم قالوا: يُستَحْسَنُ في هذه المسألةِ إذا كان الميزابُ قديمًا، وكان تصويبُ السطحِ إلى دارِه، وعُلِم أن التصويبَ قديمٌ أن يُجْعَلَ له حقُّ المسيلِ؛ لأن هذه علامةٌ شاهدةٌ لدعواه، وإقامةُ البينةِ على ذلك تتعذَّرُ في العادةِ[1].

وقد ذكَر محمدٌ في «كتابِ الشُّرْبِ»: في نهرٍ في أرضِ رجلٍ ورجلٍ آخَرَ يَسِيلُ فيه الماءُ، فاختلَفا في ذلك، أن القولَ قولُ صاحبِ الماءِ؛ لأن الماءَ إذا كان جاريًا فهو يدٌ في النهْرِ وتصرُّفٌ، والقولُ قولُ صاحبِ اليدِ، فأما في مسألة الميزاب؛ فالاختلاف وقَع وليس في الميزابِ ماءٌ فلا يدَ فيه للمدعِي فلم يُقبَلْ قولُه[2].

فإن أقام صاحبُ الميزابِ أن له في الدارِ حقَّ مَسِيل قُبِلتْ؛ لأنه أثبَت حقًّا في ملْكِ غيرِه، وهو يتعلَّقُ بالبقعةِ على التأبيدِ فصار كمِلْكِ البقعةِ، فإن شَهِدُوا أنهم رأوه يَسِيلُ فيه الماءُ فليس الشهادةُ بشيءٍ ولا يَستَحِقُّ بذلك شيئًا حتى يَشْهَدُوا أن له مَسِيلَ ماءٍ فيها من هذا الميزابِ، وذلك لأن الشهادةَ بمسِيلٍ كان كالشهادةِ بيدٍ كانتْ فلا تُقْبَلُ.

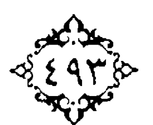
فإن شَهِدوا أنه لماءِ المطرِ فهو لماءِ المطرِ خاصةً، وإن شَهِدوا أنه لماء المطرِ وغيرِه فهو كذلك، وإن لم يَنْسِبُوه إلى شيءٍ، بل شَهِدُوا أن له مسيلًا[3] فالقولُ في ذلك قولُ ربِّ الدارِ مع يمينِه؛ لأن حقَّ المسيلِ يختَلِفُ فيختَصُّ ببعضِ الأوقاتِ تارةً ويَعُمُّها أخرى، وقد شَهِدُوا بحقٍّ معلومٍ في نفْسِه لكنه مجهولُ

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٩٤)، و«رد المحتار» (٦/ ٤٤٣).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ١٥٢).

(٣) كذا في (ض١)، وفي باقي النسخ: «مسيل». والكل صحيح على لغة ربيعة.



الصفةِ، فصار كما لو شَهِدُوا أنه غصَب ثوبًا ولم يُبَيِّنُوا صفتَه، كان القولُ قولَ الغاصِبِ في صفتِه، كذلك في حقِّ ربِّ الدارِ.

ولو كان له في دارِ رجلٍ ميزابٌ فأراد أن يَجْعَلَه قناةً، أو قناةٌ فأراد أن يَجْعَلَ ذلك ميزابًا لم يكن له ذلك إلا برضا صاحبِ الدارِ؛ لأنهما مختلِفانِ في الضررِ، ألا تَرى أن القناةَ تَطْرَحُ الماءَ صدْرَ الحائطِ، والميزابَ يَطْرَحُ وسطَ الدارِ، والماءُ لا يُفِيضُ من القناةِ ويُفِيضُ من الميزابِ، وإن كان له ميزابٌ فأراد أن يَجْعَلَه قناةً احتاج إلى حفْرِ الحائطِ، وهذا كلُّه ضررٌ فلم يكن له فِعْلُه.

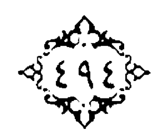
وقد حُكِي عن الشيخِ أبي الحسنِ أنه قال: إن تساوَيا في الضررِ لم يُمْنَعْ منه، وليس له أن يَجْعَلَ ميزابًا أطولَ مِمَّا كان له ولا أَعْرَضَ منه؛ لأن بطولِه يَطْرَحُ الماءَ في غيرِ البقعةِ التي كان له طرحُ الماءِ فيها، والزيادةُ في العرْضِ تؤدِّي إلى حملِه من الماءِ أكثرَ مِمَّا كان يستَحِقُّه [1].

ولو أراد أيضًا أن يُسِيلَ ماءَ سطْحٍ آخَرَ في ذلك الميزابِ لم يكن له؛ لأن حقَّه ثبَت في مقدارٍ معلومٍ فليس له أن يَضُمَّ غيرَه إليه، وكذلك ليس لصاحبِ الدارِ أن يُغَيِّرَ الميزابَ عمَّا هو عليه؛ لأنه حقٌّ له بصفةٍ فلم يكن له تغْييرُه عن تلك الصفةِ.

ولو أراد صاحبُ الدارِ أن يَبْنِيَ في العَرْصةِ بناءً ويُسِيلَ ماءَ الميزابِ على سطْحِه كان له ذلك؛ لأن له حقَّ المسيلِ، ولا فرْقَ بينَ أن يَجْرِيَ في العَرْصةِ أو على سطْحٍ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ٩٤، ٩٥)، (٢٧/ ٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٦٥)، و«الهداية» (٤/ ١٠٦).



وليس لصاحبِ الدارِ أن يَبْنِيَ في العَرْصةِ ما يَمْنَعُ صاحبَ الطريقِ، بل يَتْرُكُ من ساحةِ الدارِ مقدارَ عرْضِ البابِ ويَبْنِي في الباقِي؛ لأن حقَّ صاحبِ الطريقِ يثبُتُ في مقدارِ عرْضِ البابِ، وما سِواه لا حقَّ له فيه فلا يُمْنَعُ مالِكُه من التصرُّفِ فيه.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا اختلَفَ المتبايعانِ في البيعِ فادَّعى أحدُهما ثمنًا وادَّعى البائعُ أكثرَ منه، أو اعْتَرَفَ البائعُ بقَدْرٍ من البيعِ وادَّعى المشتَرِي أكثرَ منه، وأقام أحدُهما البينةَ قُضِيَ له بها.

وذلك لأنها بينةٌ لا يُقابِلُها إلا الدعوى فكانتْ أَوْلى من الدعوى.

قال: فإن أقام كلُّ واحد منهما البَيِّنةَ كانت البَيِّنَةُ المُثْبِتةُ للزيادةِ أَوْلى.

وكذلك إن ادَّعى البائعُ أكثرَ مِمَّا يدَّعِيه المشتري من الثمنِ، وادَّعى المشتَرِي أكثر مِمَّا يُقِرُّ به البائعُ من المبيعِ في حالٍ واحدةٍ، فالبينةُ بينةُ البائعِ في الثمنِ، وبينةُ المشتَرِي في قدْرِ المبيعِ؛ لأن كلَّ واحدةٍ من البيِّنَتَيْنِ تُثْبِتُ زيادةً، والبينةُ المثْبِتةُ للزيادةِ أَوْلى.

قال: فإن لم يكن لواحدٍ منهما بينةٌ قِيل للمُشْتَرِي: إمَّا أن تَرْضَى بالثمنِ الذي ادَّعاه البائعُ وإلا فسَخْنا[1] البيعَ[2]. وقِيل للبائعِ: إما أن تُسلِّمَ ما ادَّعاه المشتري من المبيعِ وإلا فسَخْنا[3] البيعَ[4].

---

(١) في (ش، ظ): «فسخت».

(٢) في (أ٢، ح، س، غ، ي): «العقد».

(٣) في (ش، ظ): «فسخت».

(٤) في (أ٢، ح، س، غ، ي): «العقد».



وذلك لأن الغرضَ رفْعُ الخلافِ وقطعُ الخصومةِ، ويُمْكِنُ ذلك برضا أحدِهما بما يدعِي الآخَرُ عليه، ولأن كلَّ واحدٍ منهما قد لا يَختارُ فسْخَ العقدِ مع وجودِ ما ذكَرْناه من الخلافِ، ويَعودُ إلى الرضا إذا عَلِم أن العقدَ يُفْسَخُ، فيَجِبُ ألَّا يُعَجِّلَ القاضِي بالفسخِ حتى يَسأَلَ كلَّ واحدٍ منهما عمَّا يَختارُه، فإن وقَع الرضا بالعقدِ من أحدِهما سقَطتِ الخصومةُ.

قال: فإن لم يَتَراضَيا استَحْلَفَ الحاكِمُ كلَّ واحدٍ منهما على دعوى الآخَرِ.

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، والقياسُ يَنْفِي التحالُفَ.

وجْهُ القياسِ: أنهما اتفقا أن المبيعَ دخَل في ملْكِ المشتَرِي وإنما اختلَفا في الثمنِ، وهو دَيْنٌ في الذِّمَّةِ، والاختلافُ في الدَّيْنِ لا يُوجِبُ التحالُفَ، ولأنهما اتفقا على انتقالِ الملْكِ في المبيعِ واختلَفا في قدْرِ الثمنِ، فلو تَحالفا لفسخْنا الملْكَ في المبيعِ، وذلك لا يَجوزُ بالتحالُف ما لم يختَلِفا فيه، كما لا يُفْسَخُ عقدٌ آخَرُ.

وجْهُ الاستحسانِ: ما روَى ابنُ مسعودٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١٢)، وابن ماجه (٢١٨٦)، وابن المنذر (٨١٦٢)، والطبراني في «الكبير» (١٠/ ١٧٤) (١٠٣٦٥) من طريق القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن ابن مسعود؛ بلفظ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها، فالقول قول البائع، أو يترادَّان». اللفظ للطبراني. قال ابن المنذر: «وليس في هذا الباب خبر ثابت يعتمد عليه، ومن أعلى إسناد روي فيه وأحسنه خبر ابن مسعود...»، ثُمَّ قال: «هذا إسناد يتكلَّم فيه، وما علمت أحدًا قال بظاهره غير الشعبي». وينظر: «مشكل الآثار» (٦/ ١٦٢، ١٦٣)، و«نصب الراية» (٤/ ١٠٥، ١٠٧)، و«البدر المنير» (٦/ ٥٩٣، ٦٠٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٢).



وقد ذكَر محمدٌ في «كتابِ الدعوى» قياسًا آخَر: إذا قال البائعُ: بِعْتُ بألفَيْنِ. وقال المشتَرِي: بألفٍ. فالقياسُ أن يتحالَفا ويكونَ بيعًا بألف [1].

ووجْهُ ذلك: أنهما اتفقا على الألْفِ واختلَفا في الزيادةِ، والتحالفُ يُسْقِطُ ما اختلَفا فيه دُونَ ما اتفقا عليه.

قال: يَبْتَدِئُ بيمينِ المشتَرِي.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفة، رواه الحسنُ عنه في «المجرَّد» [2].

وذكَر في «المنتقَى» روايةً عن أبي حنيفةَ: أنه يبدأ بيمين البائع كذلك. وذكَره أبو الحسنِ في «جامعِه»، وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، ثُمَّ رجَع فقال: يَبدَأُ بيمينِ المشتَرِي [3].

وجْهُ الروايةِ الأُولى: أن اليمينَ إنما تُطْلَبُ لفائدةِ النكولِ بدليلِ أنه لا يُستَحْلَفُ فيما لا يُستوفَى بالنكولِ، ونكولُ المشتَرِي تتعجَّلُ فائدتُه وهو تسليمُ الثمنِ، ونكولُ البائعِ بتأخُّرِ فائدتِه؛ لأنه يُقال له: أَمْسِكِ المبيعَ حتى يَستوْفِيَ الثمنَ، فكان تقديمُ ما تتعجَّلُ فائدتُه بالنكولِ أَوْلى.

ولهذا قُلنا: إن عقدَ البيعِ متى وقَع عينًا بعينٍ أو ثمنًا بثمنٍ أن القاضِيَ يبدأُ بأيِّهما شاء، لمَّا تساويا في فائدةِ النكولِ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٧/ ٥٧٦).

(٢) هو الحسن بن زياد، ويعد كتابه «المجرد» أحد «كتب النوادر»، «كالجرجانيات»، و«الكيسانيات» لمحمد بن الحسن، و«الأمالي» لأبي يوسف، وتروى المسائل في «كتب النوادر» عن أصحاب المذهب في غير «كتب ظاهر الرواية». ينظر: «الطبقات السنية» (ص١٢).

(٣) ينظر: «التجريد» (٥/ ٢٥٤٤)، و«الهداية» (٣/ ١٦٠)، و«البناية» (٩/ ٣٥٣).



وجهُ الروايةِ الأخرى: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتبَايِعَانِ فَالقَوْلُ مَا قَالَهُ البَائِعُ»(١). فخصَّه بالذكرِ، وأقلُّ فوائدِ التخصيصِ هو التقديمُ.

وقد قال أصحابُ الشافعيِّ: في المسألةِ ثلاثةُ أقوالٍ:

أحدُهما: يَبْدَأُ بيمينِ البائعِ. والثاني: بيمينِ المشتَرِي. والثالثُ: الحاكِمُ بالخيارِ. ومنهم مَن قال: يَبْدَأُ بيمينِ البائعِ بكلِّ حالٍ(٢).

وهذا صحيحٌ؛ لأنه عقدٌ فيه عِوَضٌ، فالبدايةُ بالحَلِفِ بِمَن في ذمتِه البدَلُ كالنكاحِ، ولظاهِرِ قولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(٣). فإنِ احْتجَّ بقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ مَا قَالَهُ البَائِعُ».

قيل له: إنما خُصَّ البائعُ بالذِّكْرِ؛ لأن يمينَ المشتَرِي معلومةٌ لا تُشْكِلُ لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». فسكَت صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمَّا تقدَّم بيانُه وبَيَّنَ ما يُشْكِلُ ولم يتقدَّم بيانُه.

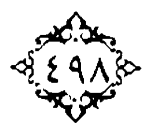
وأما صفةُ اليمينِ: فيَحْلِفُ البائعُ باللَّهِ ما باعه بألفٍ، ويَحْلِفُ المشتَرِي ما اشْتَراه بألفَيْنِ، وذكَر في «الزياداتِ»: أن البائعَ يَحْلِفُ باللَّهِ ما باعه بألفٍ وقد باعه بألفَيْنِ، ويَحْلِفُ المشتَرِي باللَّهِ ما اشتراه بألفَيْنِ ولقد اشتَراه بألفٍ، والصحيحُ الاقتصارُ على النفْيِ؛ لأن الأيمان على ذلك وُضِعَتْ.

وجهُ ما ذَكره في «الزياداتِ»: أن الإثباتَ يُذْكَرُ على طريقِ التأكيدِ للنفْيِ ولا

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «الحاوي» (٥/ ٣٠٠)، و«بحر المذهب» (٥/ ١٠)، و«نهاية المطلب» (٣/ ٥٠٥).

(٣) تقدَّم تخريجه.



يَمْتَنِعُ مثلُ ذلك، ألا ترى أن البيناتِ وُضِعتْ على الإثباتِ، ويَجوزُ أن تُؤَكَّدَ بالنفْيِ إذا شَهِدُوا أن فلانًا مات وهذا وارِثُه لا نَعْلَمُ له وارثًا غيرَه، كذلك هذا.

قال: وإذا حلفَا[1] فسَخ القاضِي[2] بينَهما.

وهذا الذي ذكَره يدُلُّ على أن العقدَ لا يَنْفَسِخُ بالتحالُفِ حتى يَفْسَخَه القاضِي، وهو صحيحٌ؛ لأن التحالُفَ يسقُطُ به ما يدَّعِيه كلُّ واحدٍ منهما من البدَلِ، وإذا سقَط ذلك فسَد العقدُ لعدمِ البدَلِ فيه، والبيعُ الفاسِدُ لا بُدَّ للقاضِي من فسْخِه.

قال: وإن نكَل أحدُهما عن اليمينِ لَزِمه دعوى الآخَرِ.

لِما بيَّنَّا أن النكولَ في معْنى البدَلِ، وبدَلُ الأعواضِ يَصِحُّ من طريقِ الحكْمِ فجاز الحكْمُ فيها بالنكولِ.

قال: فإن اختلَفا في الأجلِ، أو في شَرْطِ الخيارِ، أو في استيفاءِ بعضِ الثمَنِ فلا تَحالُفَ، والقولُ قولُ مَن يُنْكِرُ الخيارَ والأَجَلَ مع يمينِه[3].

وقال الشافعيُّ: إذا اختلَفا في شرْطِ الأجلِ، أو الخيارِ، أو في مقدارِه تحالَفا[4].

لنا: أنه اختلافٌ في غيرِ المعقودِ عليه فصار كالاختلافِ في الحطِّ والبراءةِ، ولأنها مدَّةٌ مُلْحَقةٌ بالعقدِ فالاختلافُ فيها لا يُوجِبُ التحالُفَ، كما لو اختلَفا

(١) في (أ٢، س): «تحالفا».

(٢) بعده في (ح، س، ض): «العقد»، وفي (ر): «البيع».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٥/ ١١٦، ١١٧)، و«الهداية» (٣/ ١٦٢)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٣٠٦)، و«العناية» (٨/ ٢١٢).

(٤) ينظر: «المهذب» (٢/ ٦٥)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٣٣٦)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٥٧٧).



في مُضِيِّ الأجلِ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ اسْتُحْلِفَ المُبْتَاعُ»[1].

قيل له: هذا مجملٌ لأنَّا نَعْلَمُ أنهما لو اختلَفا في دخولِ زيدٍ الدارَ لم يَجِبِ التحالُفُ، وإنما المرادُ اختلافُهما في معنًى مخصوصٍ فوقَف ذلك على الدليلِ.

فإن قيل: الأجلُ صفةٌ في الثمنِ، وصفةُ العِوَضِ إذا اختلَفا فيها جاز أن يَتحالَفا كالصِّحاحِ والغَلَّةِ.

قيل له: الأجلُ ليس بصفةٍ للثمنِ، بدليلِ أن الأجلَ يَمْضِي، والثمنُ موجودٌ مُسْتَحَقٌّ لا بهذه الصفةِ، وأما الصِّحاحُ فهي صفةٌ بدليلِ أن الثمنَ لا يُوجَدُ مع انتفائها عنه بحالٍ.

قال: وإن هلَك المبيعُ، ثُمَّ اختلَفا، لم يتحالَفا عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وجُعِلَ القولُ قولَ المشتَرِي.

وقال محمدٌ: يتحالفانِ ويُفْسَخُ البيعُ على قيمةِ الهالكِ[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

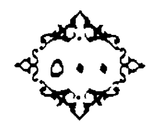
وجْهُ قولِهما: ما روَى القاسمُ بنُ عبد الرحمنِ، عن أبيهِ، عن عبد اللَّهِ بنِ مسعودٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ فالقَوْلُ ما قَالَ البائعُ،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٨٥٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣) من طريق ابن لعبد اللَّه بن مسعود، عن أبيه، قال قال رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف البيعان ولا شهادة بينهما استحلف البايع...». الحديث. وينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٧٠، ٧٥).

(٢) ينظر: «التجريد» (٥/ ٢٥٣٢)، و«المبسوط» (١٢/ ١٥٨)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٩)، و«الهداية» (٣/ ١٦١)، و«العناية» (٨/ ٢١٣).

(٣) ينظر: «المهذب» (٢/ ٦٧)، و«التهذيب» (٣/ ٥٠٤).



فإذَا استُهْلِكَ فالقَوْلُ مَا قَالَ المشْتَرِي»[1]. وهذا نصٌّ، ولأنه نوعُ فسخٍ، فلم يَصِحَّ بعْدَ هلاكِ ما تعيَّن بالعقدِ في ضمانِ المشتَرِي كالإقالةِ، ولا يَلْزَمُ إذا باع عبدًا بجاريةٍ فهلَك أحدُ العِوَضَيْنِ، ثُمَّ اختلَفا؛ لأنَّا قُلنا بعْدَ هلاكِ ما تعيَّن، وهاهنا الفسخُ بعْدَ هلاكِ بعضِ ما تعيَّن بالعقدِ.

فإن قيل: روَى ابنُ مسعودٍ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، وَالمُبْتَاعُ بالخِيَارِ»[2]. ولم يُفَصِّلْ.

قيل له: راوِي هذا الخبرِ هو راوِي خبَرِنا، وفي خبَرِنا زيادةٌ، وهي قولُه: «وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً فَالقَوْلُ قَوْلُ المشْتَرِي». فالزائدُ أَوْلى.

فإن قيل: اتَّفقا أن السلعةَ كانتْ للبائعِ وأنها انْتقَلَتْ منه إلى المشتَرِي، ومتى اخْتَلَفا في صفةِ الانتقالِ كان القولُ قولَ المالِكِ في صفةِ الانتقالِ، كما لو قال المالِكُ: بِعْتُكَ. وقال القابِضُ: وهَبْتَ لي. فالقولُ قولُ المالِكِ.

قيل له: في مسألتِنا اتَّفقا على العقدِ أنه عقْدُ بيعٍ، ووقَع الاختلافُ في البدَلِ فإذا لم تَظْهَرْ زيادةُ الثمنِ بالبيِّنةِ بَقِي البيعُ بأقلِّ الثمنَيْنِ، فإن لم يَرْضَ البائعُ به وجَب الردُّ وذلك لا يُمْكِنُ في الهالِكِ، فأما البيعُ والهبةُ فالاختلافُ وقَع في جنسِ العقدِ، وكلُّ واحدٍ منهما يَحْلِفُ على عقدٍ غيرِ العقدِ الذي حلَف الآخَرُ

---

(1) أخرجه الدارقطني (٢٨٦١) من طريق الحسن بن عمارة، عن القاسم، به. قال الدارقطني: «الحسن بن عمارة متروك».

(2) أخرجه الترمذي (١٢٧٠) من طريق عون بن عبد اللَّه، عن ابن مسعود. قال الترمذي: «هذا حديث مرسل؛ عون بن عبد اللَّه لم يدرك ابن مسعود، وقد روي عن القاسم بن عبد الرحمن، عن ابن مسعود، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا الحديث أيضًا، وهو مرسل أيضًا».

عليه، فإذا حلَفا لم يَظْهَرْ واحدٌ من العقدَيْنِ، فبَقِيتِ العَيْنُ في يدِه تالِفةً من ملْكِ غيرِه، فتَجِبُ قيمتُها من غيرِ فسْخٍ، وفي مسألتِنا اتَّفقا على البيعِ، فإذا لم تثْبُتِ الزيادةُ احتَجْنا إلى فسْخِ عقدٍ ثابتٍ باتِّفاقِهما، والفسْخُ ابتداءً لا يَقَعُ في هالِكٍ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنه اختلافٌ في المعقودِ عليه فأَشْبَهَ حالَ بقاءِ السلعةِ.

قال: وإن هلَك أحدُ العبدَيْنِ، ثُمَّ اختلَفا في الثمنِ، لم يَتحالَفا عندَ أبي حنيفةَ، إلَّا أن يَرْضَى البائعُ أن يَتْرُكَ حصةَ الهالِكِ.

وقال أبو يوسفَ: يَتحالَفانِ ويُفْسَخُ البيعُ في الحيِّ وقيمةِ الهالِكِ. وهو قولُ محمدٍ (١).

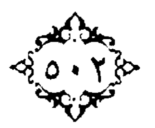
وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المعنى المانِعَ من التحالُفِ إذا هلَك جميعُ المبيعِ أن الفسخَ يَقَعُ على القيمةِ التي لم يَقَعْ عليها العقدُ، وهذا موجودٌ إذا هلَك بعضُه، وليس كذلك إذا رَضِي البائعُ بتَرْكِ حصةِ الهالِكِ؛ لأنه سقَط من العقدِ وصار كأنه لم يكن، وكأن العقدَ لم يَقَعْ إلا على الباقِي.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن التحالُفَ سببٌ للفسخِ كالإقالةِ، ومعلومٌ أن الإقالةَ جائزةٌ مع هلاكِ بعضِ المبيعِ، فكذلك التحالُفُ.

وأما محمدٌ: فمِن أصلِه جوازُ التحالُف مع هلاكِ جميعِ المبيعِ، فمع هلاكِ بعضِه أَوْلى.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٨/ ١٣٨)، و«الهداية» (٣/ ١٦٢)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٤٤٧)، و«البناية» (٩/ ٣٦١).



قال: وإذا اختلَف الزوجانِ في المهْرِ فادَّعى الزوجُ أنه تزوَّجها بألفٍ. وقالتْ: تزوَّجَنِي بألفَيْنِ. فأيُّهما أقام البينةَ قُبِلتْ بَيِّنَتُه[1].

لأنها بينةٌ قابَلتِ الدعوى فكانتْ أَوْلى منها.

قال: وإن أقاما البيِّنةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ.

وذلك لأن بينتَها تُثْبِتُ الزيادةَ فكانتْ أَوْلى.

قال: وإن لم يكن لهما بيِّنةٌ، تَحالَفا عندَ أبي حنيفةَ، ولم يُفْسَخِ النكاحُ.

وهذا أيضًا قولُ محمدٍ، وقال أبو يوسفَ: القولُ قولُ الزوجِ ما لم يأتِ بشيءٍ مُسْتَنْكَرٍ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنه عقْدٌ يَتناوَلُ المنافعَ، فإذا اختلَفا في بدَلِه مع بقاءِ العقدِ لم يُجْعَلِ القولُ قولَ المستَحَقِّ عليه كالإجارةِ، ولأن الاختلافَ في التسميةِ يُسْقِطُ حكْمَها إذا تحالَفا، ومتى كان في التحالُفِ فائدةٌ مع بقاءِ العقدِ تَحالَفا كالبيعِ.

ولا يَلْزَمُ العِتْقُ على مالٍ والصلحُ من دمِ العمدِ؛ لأنه لا فائدةَ في التحالُفِ هناك، ألا ترى أن التحالُفَ يُسْقِطُ التسمِيتَيْنِ فيَبْقَى المعقودُ عليه لا قيمةَ له فيَسْقُطُ البدَلُ أصلًا، وليس كذلك النكاحُ؛ لأن سقوطَ التسميتَيْنِ فيه لا يُؤدِّي إلى سقوطِ البدَلِ رأسًا؛ لأن مهْرَ المثْلِ يَجِبُ بالعقدِ وإن لم يُسمِّه، ولا يَلْزَمُ الكتابةُ لأنا لو أَسْقَطْنا التسميةَ لم يُمْكِنِ الرجوعُ إلى بدَلٍ؛ لأن القيمةَ لا تَجِبُ بالعقدِ.

---

(1) ينظر: «الأصل» (٧/ ٣٨٢)، و«المبسوط» (٥/ ٦٦)، (٢٤/ ١٢٥)، و«الهداية» (٣/ ١٦٥).

(2) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٤١٤)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٠٥).

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن النكاحَ بمنزلةِ السلعةِ المستَهْلَكَةِ بدليلِ أنه لا يَنْفَسِخُ العقدُ فيه بالتحالُفِ، وإذا كان كذلك وجَب أن يُجْعَلَ القولُ قولَ المستَحَقِّ عليه، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن البُضْعَ بمنزلةِ السلعةِ القائمةِ، بدليلِ جوازِ الخُلْعِ عليه.

وقولُه: ما لم يأت بشيءٍ مُستَنْكَرٍ. قِيل في تفسيرِه: أن يَذْكُرَ ما لا يُتَزَوَّجُ مثْلُ تلك المرأةِ عليه. وقيل: أن يَذْكُرَ أقَلَّ من عشرةِ دراهمَ.

وإذا ثبَت عند أبي حنيفةَ أنه يُستَحْلَفُ ولا يُفْسَخُ العقدُ.

قال: (١)يُحَكَّمُ مَهْرُ(١) المثْلِ؛ فإن كان مثْلَ ما اعْتَرَف به الزوجُ أو أقلَّ قُضِي بما قال الزوجُ، وإن كان مثْلَ ما ادَّعتْه المرأةُ أو أكثرَ قُضِي بما ادَّعَتْه، وإن كان مهْرُ المِثْلِ أكثرَ مِمَّا اعْتَرَف به الزوجُ وأقلَّ مِمَّا ادَّعَتْه المرأةُ قُضِي لها بمَهْرِ المثْلِ.

وإنما كان كذلك لأن كلَّ واحدٍ من البدَلَيْنِ يَسْقُطُ بيمينِ الآخَرِ عليه، فيَبْقَى موجَبُ العقدِ وهو مهْرُ المثْلِ، فكلُّ مَن شَهِد له الظاهرُ قُبِلَ قولُه، فإن كان مهرُ المثْلِ مثْلَ ما تدَّعِيه المرأةُ أو أكثرَ فالقولُ قولُها؛ لأنها رَضِيتْ بإسقاطِ الزيادةِ، وإن كان مثلَ ما قال الزوجُ أو أقلَّ فقد رَضِي ببدلِ الزيادةِ، فكان الظاهرُ يَشْهَدُ له، وإن كان مهرُ المثْلِ بينَ ذلك فالظاهِرُ لا يَشْهَدُ لواحدٍ منهما فسقَط قولُهما ووجَب القضاءُ بالظاهرِ.

(١-١) في (أ٢، س، ظ، غ، ي): «يحكم بمهر»، وفي (ش، ض، ل): «ويحكم بمهر»، وفي (نسخة مختصر القدوري): «ولكن يُحَكَّمُ مهر»، وهو الموافق لما في «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٢٢)، و«الهداية» (٣/ ١٦٤)، و«العناية» (٨/ ٢٢٩)، و«البناية» (٩/ ٣٦٨).

فإن قال الزوجُ: تزوَّجْتُها على هذا العبدِ. وقالتْ: على هذه الجاريةِ. فهو كالمسألةِ المتقدِّمةِ إلا في فصلٍ واحدٍ، وهو إذا كان قيمةُ الجاريةِ مثْلَ مهْرِ المثْلِ، فيكونُ لها قيمةُ الجاريةِ؛ لأن تمليكَ الجاريةِ لا يكونُ إلا بالتراضِي، ولم يتَّفِقا على ذلك فوجَب القضاءُ بالقيمةِ.

قال: وإذا اختلَفا في الإجارةِ قبْلَ استيفاءِ المعقودِ عليه تحالَفا وترادًّا.

وذلك لأنه عقْدُ معاوضةٍ يَلْحَقُه الفسخُ ليس فيه معْنى التبرُّعِ، فجاز أن يَثْبُتَ التحالُفُ فيه كالبيعِ. فإن قيل: التحالُفُ يثبُتُ على وجْهِ الاستحسانِ، فكيفَ يَقِيسُونَ عليه؟

قيل له: خبرُ التحالُفِ اقتَضى نوعًا من الإجارةِ، وهو مَن باع عينًا بمنفعةٍ، فإذا ثبَت التحالُفُ بذلك الخبَرِ في نوعٍ ثبَت في كلِّ نوعٍ؛ لأن أحدًا لا يَفْصِلُ بينَهما.

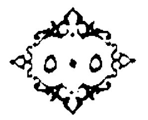
قال: وإذا اختلَفا بعْدَ الاستيفاءِ لم يتحالَفا، وكان القولُ قولَ المستأْجِرِ.

وذلك لأن التحالُفَ يثبُتُ لأجلِ الفسْخِ، والمنافعُ التي استوفاها لا يُمْكِنُ فسْخُ العقدِ فيها فلم يَثْبُتِ التحالُفُ، وهذا ظاهرٌ على قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ؛ لأن التحالُفَ لا يثبُتُ في المبيعِ الهالِك عندَهما[1].

وأما محمدٌ: فأَثْبَتَ التحالُفَ هناك ولم يُثْبِتْ هاهنا[2]؛ لأن البيعَ إذا فُسِخ بالتحالفِ بَقِيتِ العينُ مقوَّمةً بنفسِها في يدِ المشتَري فيُقْضَى عليه بقيمتِها، وإذا

(١) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٦٣)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٩)، (٦/ ٢٦٠).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٤)، و«العناية» (٨/ ٢٣٤)، و«البناية» (٩/ ٣٧١).



فُسِختِ الإجارةُ بالتحالُفِ بَقِيتِ المنافعُ مُستوفاةً بغيرِ عقْدٍ فلا يُتقوَّمُ، فكان في إثباتِ التحالُفِ إسقاطُ عِوَضِها، فكان الرجوعُ إلى قولِ المستأْجِرِ أَوْلى.

وإنما رجَعْنا إلى قولِ المستأْجِرِ؛ لأنه هو المستحَقُّ عليه، ومتى وقَع الخلافُ في الاستحقاقِ كان القولُ قولَ المستحَقِّ عليه.

قال: وإذا اختلَفا بعْدَ استيفاءِ بعضِ المعقودِ عليه تحالَفا وفُسِخ العقدُ فيما بَقِي، وكان القولُ في الماضِي قولَ المستأْجِرِ.

وذلك لأن كلَّ جزءٍ من المنفعةِ كالمعقودِ عليه عقْدًا مُبْتَدَأً، فصار ما بَقِي من المدَّةِ كالمنفَرِدِ بالعقدِ فيتحالَفانِ فيه، ولا يُشْبِهُ هذا إهلاكُ بعضِ المبيعِ؛ لأن عندَ أبي حنيفةَ كلَّ جزءٍ منه ليس بمعقودٍ عليه عقدًا مُبْتَدأً، وإنما الجملةُ مملوكةٌ بعقدٍ واحدٍ، فإذا تعذَّر الفسْخُ في بعضِه سقَط فيما بَقِي، وإنما جَعَلْنا القولَ قولَ المستأْجِر فيما مضَى؛ لأنه المستَحَقُّ عليه.

قال: وإذا اختلَف المَوْلى والمُكاتَبُ في مالِ الكتابةِ، لم يَتحالَفا عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَتحالَفانِ وتُفْسَخُ الكتابةُ.

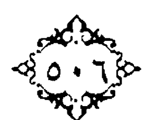
وهو قولُ الشافعيِّ[١].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه عقْدٌ على العتْقِ بِعِوَضٍ فلا يثْبُتُ فيه التحالُفُ كالعِتْقِ على مالٍ.

وجْهُ قولِهما: أنه عقْدٌ بِعِوَضٍ يَلْحَقُه الفسْخُ فصار كالبيعِ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٨/ ١٩٢)، و«المهذب» (٢/ ٣٩٣)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٣٩٠).



قال: وإذا اختلَف الزوجانِ في متاعِ البيتِ فما يَصْلُحُ للرجالِ فهو للرجلِ، وما يَصْلُحُ للنساءِ فهو للمرأةِ، وما يَصْلُحُ لهما فللرجل[1].

فإن مات أحدُهما واختلَف ورثتُه مع الآخَرِ فما يَصْلُحُ للرجالِ والنساءِ فهو للباقِي منهما، وقال أبو يوسفَ: يُدْفَعُ إلى المرأةِ ما تُجَهَّزُ به مثلُها والباقِي للزوجِ.

وقد قال محمدٌ: ما يَصْلُحُ لهما فهو للزوجِ حالَ حياتِه ولورثتِه من بعدِه.

وروَى محمدٌ، عن زفرَ: أن ما يَصْلُحُ لهما بينَهما نصفانِ.

وروَى الحسنُ عنه: أن جميعَ ما في البيتِ بينَهما، إلا ما كان في يدِهما مشاهدةً[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن كلًّا منهما له يدٌ في الدارِ من طريقِ الحكْمِ، بدليلِ أنه لو نازع أحدَهما أجنبيٌّ في متاعِ البيتِ كان هو أَوْلى به من الأجنبيِّ، واليدانِ[4] من طريقِ الحكْمِ يَجوزُ أن تُرجَّحَ بالظُّهورِ والقوةِ كاليدِ من طريقِ المشاهَدةِ، مثلُ الساكنِ والمتعلِّقِ بالحلْقةِ، والراكِبِ والمتعلِّقِ باللِّجامِ.

وإذا ثبَت هذا قال أبو حنيفةَ: الظاهرُ أن الرجلَ هو يَتَّخِذُ السيفَ والرُّمْحَ والعِمامةَ، فكانتْ يدُه في ذلك أَظْهَرَ فكان أَولى، وكذلك ما تَتَّخِذُه المرأةُ، فأما

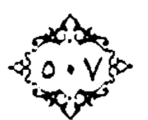
---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٥١)، و«المبسوط» (٥/ ٢١٤)، (١٥/ ١٤٤)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٠٨).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٥)، و«العناية» (٨/ ٢٣٥)، و«البناية» (٩/ ٣٧٣).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ١٠٣)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٢٧)، و«الحاوي» (١٧/ ٤٠٨)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ١٨٩).

(٤) في (ض، غ، ي): «اليد».



ما يَصْلُحُ لهما فيَدُ الرجلِ فيه أَظْهَرُ؛ لأن المرأة تحتَ يدِه، ولهذا يَمْنَعُها من الخروجِ، ولا وِلايةَ لها عليه فكانت يدُه أَقْوَى[1].

وجْهُ قولِ زفرَ: أنهما تَساوَيا في اليدِ فكان بينَهما كما لو كان في يدِهما مشاهَدةً.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنهما تَساوَيا في اليدِ وهو موضِعُ الخلافِ، والمعْنى في الأصلِ أن يدَ أحدِهما ليس بأَظْهَر من يدِ الآخَرِ، وفي مسألتِنا يدُ أحدِهما أظهَرُ على ما بيَّنَّاه، فجاز أن تُرجَّحَ على الأخْرَى.

فإن قيل: اليدانِ لا تُرجَّح إحداهما على الأخرى بالعلامةِ، أصلُه العَطَّارُ والإِسْكافُ[2] إذا تنازعا في المسْكِ أو في قالَبِ الخُفِّ.

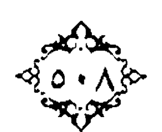
قيل له: لا يَخْلُو إما أن يكونَ في يدِهما من طريقِ المشاهدةِ، مثلُ أن يكون في أيدِيهما يتجاذبانِه فإنه هاهنا لا يُرجَّحُ بالعلامةِ؛ لأن اليدَ من طريقِ المشاهَدةِ أمرٌ مقطوعٌ به، والعلامةُ معْنًى مظنونٌ فلا يُرجَّحُ المقطوعُ به بالمظنونِ، كالنصِّ لا يُرجَّحُ بالقياسِ، وإن كان في أيدِيهما من طريقِ الحكْمِ مثْلُ أن يكونا ساكِنَيْنِ في دارٍ أو بيتٍ، فتنازعا ذلك فإنه يُرجَّحُ يدُ كلِّ واحدٍ منهما بالعلامةِ، فيكونُ المسكُ للعطَّارِ، والقالَبُ للإسكافِ، والموْسَى للحجَّامِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن ما تُجَهَّزُ به المرأةُ الظاهِرُ أنه لها، ولا ظاهرَ فيما

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ١٦٤).

(٢) الإسكاف: الخراز، والجمع أساكفة، ويقال: هو عند العرب كل صانع. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٨٢).



سِواه فلم يَسْتَحِقَّه، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن جهازَ النساءِ مختَلِفٌ مجهولٌ فلم يُمْكِنِ الرجوعُ إليه.

وأما الكلامُ على محمدٍ: فلأن يدَ الحيِّ أظهَرُ من يدِ الميتِ، واليدانِ من طريقِ الحكْمِ إذا اجتمعتا فالأَظْهَرُ أَوْلى، ولأن يدَ الميتِ قد زالتْ ولم تتجدَّد يدُ الوارثِ، بدليلِ أنه لو هلَك من التركةِ واستحقَّه مستَحِقٌّ لم يَضْمَنِ الورثةُ، فدَلَّ ذلك على عدمِ ثبوتِ يدِهم، فكان مَن له اليدُ أَوْلى.

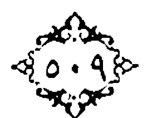
وجْهُ قولِ محمدٍ: أن كلَّ ما استحقَّه الإنسانُ حالَ حياتِه كان لورثتِه بعْدَ موتِه كسائرِ أملاكِه.

قال: وإذا باع الرجلُ جاريةً فجاءَتْ بولدٍ فادَّعاه البائعُ؛ فإن جاءَتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يومِ باع فهو ابنُ البائعِ، وأُمُّه أُمُّ (1ولدٍ له1)، ويُفْسَخُ البيعُ فيه ويُرَدُّ الثمنُ.

وجملةُ ما يُقالُ في هذا: أن الدعوةَ على ضروبٍ؛ منها دعوةُ الاستيلادِ، وهي هذه، وصِفَتُها أن يكونَ ابتداءُ العُلُوقِ في ملْكِ المدعِي، والدليلُ على جوازِها أن ابتداءَ العُلُوقِ إذا كان عندَ البائعِ استَنَدَتْ دعوتُه إلى العُلُوقِ، فصار ذلك شاهِدًا على دعواه فكأنه ادَّعى، ثُمَّ باع، والحكْمُ الذي يتعلَّقُ بدعوةِ الاستيلادِ أنها بمنزلةِ الحقِّ فيما يؤثِّرُ في إبطالِ حقِّ الغيرِ.

الدليلُ على ذلك: ما قالوه في الجاريةِ المشتركةِ إذا عَلِقتْ في ملْكِ أحدِ الشريكَيْنِ، فادَّعاه أحدُهما ضَمِن نصفَ قيمتِها لشريكِه، ولم يَضْمَنْ من قيمةِ

(1-1) في (أ2، ح، س، غ، ي): «ولده».



الولـدِ شيئًا، ولـو كانت ابتداءَ العلوقِ قبْلَ ملْكِهما ضَمِن نصفَ قيمتِها ونصفَ قيمةِ ولدِها، فدَلَّ على أن دعوةَ الاستيلادِ قد أَثَّرتْ في إسقاطِ حقِّ الشريكِ من نصفِ الولـدِ، فكذلـك تؤثِّرُ هاهنا في إسقاطِ حقِّ المشتَرِي واستحقاقِ ملْكِه، وإذا صحَّتِ الدعوةُ ثبَت النسَبُ والاستيلادُ وصار كأنه باع أُمَّ ولدِه، فيُفْسَخُ فيها ويُرَدُّ الثمنُ؛ لأن سلامةَ الثمنِ موقوفٌ على سلامةِ البيعِ.

قال: فإن ادَّعاه المشتَرِي مع دعوةِ البائعِ أو بعْدَه فدعوةُ البائعِ أَوْلى.

وذلك لأن دعوةَ البائعِ تَسْتَنِدُ إلى أمرٍ سابقٍ، وهو العُلُوقُ، ودعوةُ المشتَرِي لا تَسْتَنِدُ، فإذا تَساويا في الدعوةِ كانت دعوةَ البائعِ أَوْلى لتقدُّمِها في المعْنى وهو سبْقُ الدعوةِ.

وأما إذا ادَّعاه المشتَرِي ولم يدَّعِه البائعُ فإنه يثْبُتُ نسبُه منه بالملْكِ؛ لأن دعوةَ المشتَرِي دعوةُ ملْكٍ، وصِفَتُها ألَّا يكونَ العُلُوقُ في ملْكِه وهذا ضرْبٌ من الدعوةِ، وحُكْمُها أن تكونَ بمنزلةِ العِتْقِ الموقَعِ، فكلُّ موضعٍ نفَذ العِتْقُ نفذَتِ الدعوةُ إذا لم يَمْنَعْ منها مانِعٌ، وإنما اعْتَبَرْنا دعوةَ الملْكِ بالعِتْقِ؛ لأنها تتضمَّنُ الحرِّيَّةَ ولا تَسْتَنِدُ إلى أمرٍ سابِقٍ فصار كإيقاعِ الحرِّيَّةِ.

فإن ادَّعى البائعُ الولدَ بعْدَ دعوةِ المشتَرِي لم تُقْبَلْ دعوتُه وكان ابنَ المشتَرِي، وذلك لأن النسَب قد ثبَت من المشتَرِي وهو معْنًى لا يَلْحَقُه الفسْخُ، ودعوةُ الاستيلادِ لا تُقْبَلُ إذا حدَث في الولدِ ما لا يَلْحَقُه الفسْخُ إلا ببينةٍ أو ما في معناها.

قال: فإن جاءتْ به لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ لم تُقْبَلْ دعوةُ البائعِ فيه إلَّا أن يُصَدِّقَه المشتَرِي.

وذلك لأن دعوةَ البائعِ هنا دعوةُ ملْكٍ؛ لأن العُلُوقَ لا يُعْلَمُ أنه كان في ملْكِه، وقد بيَّنَّا أن دعوةَ الملْكِ بمنزلةِ إيقاعِ العِتْقِ، فإذا لم ينفُذْ عتْقُه في هذه الحالِ لم تنفُذْ دعوتُه، فإن صدَّقه المشتَري قُبِلتْ دعوتُه؛ لأن النسَبَ يَجوزُ أن يكون كما قال، وإنما لم نُصدِّقْه لحقِّ المشتَرِي، فإذا صدَّقه فقد رَضِي بإسقاطِ حقِّه، فإن ادَّعاه المشتَرِي بعْدَ التصديقِ لم تُقْبَلْ دعوتُه؛ لأن النسَبَ قد ثبَت من البائعِ وزال ملْكُ المشتَرِي فيه، فلا يُقْبَلْ قولُه في إبطالِ نسبٍ ثابتٍ.

قال: فإن مات الولدُ فادَّعاه البائعُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهُرٍ، لم يثبُتِ الاستيلادُ في الأُمِّ.

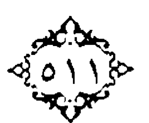
وعلى هذا لو أَعْتَقه المشتَرِي أو دبَّره، والأصلُ في ذلك أنه متى حدَث في الولدِ ما لا يَلْحَقُه الفسخُ لا يَجوزُ فسْخُ الملْكِ فيه بالدعوةِ.

ولهذا المعنى قُلنا: إن دعوةَ الاستيلادِ بمنزلةِ الحقِّ فيما يُؤثِّرُ في إبطالِ حقِّ الغيرِ، ولم يَجْعَلْها صريحَ الحقِّ كالبيِّنَةِ؛ لأنها لو كانتْ كذلك لبطَل بها العِتْقُ، ولم يَجْعَلْها أيضًا بمنزلةِ الدعوى؛ لأنها لو كانت كذلك لم يستَحِقَّ بها ملْكَ المشتَرِي، فلم يَبْقَ إلا أن تُجْعَلَ واسطةً[1] بينَ الأمرَيْنِ، فإن كان الولدُ بحالةٍ لم يحدُثْ فيه ما يَلْحَقُه الفسْخُ قُبِلتْ دعوتُه، ويثبُتُ النسَبُ منه كما تُقْبَلُ البيِّنَةُ، وإن حدَث فيه ما لا يَلْحَقُه الفسْخُ لم تنفُذِ الدعوةُ، كما لا تُقْبَلُ البيِّنَةُ.

وإذا مات الولدُ فقد تعذَّر إثباتُ النسَبِ فيه، ألا تَرى أن الحقوقَ لا تثْبُتُ

---

(١) هنا يبدأ خرم في المخطوط (أ)، ينتهي تحت قول الماتن: «وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل»، عند قول الشارح: «كان الضمان على شهود الفرع».



ابتداءً للميتِ ولا عليه، فلهذا لم تَصِحَّ الدعوةُ، وإذا لم يثبُتِ النسَبُ كانت الأُمُّ بحالِها؛ لأن الاستيلادَ فرعٌ للنسبِ، فإذا لم يثبُتِ النسَبُ لم يثبُتِ الاستيلادُ.

قال: فإن ماتت الأُمُّ فادَّعاه الأبُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهُرٍ، ثبَت النسَبُ في الولدِ وأخَذه البائعُ ورَدَّ الثمَنَ كلَّه في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَرُدُّ حصةَ الولدِ ولا يَرُدُّ حصةَ الأُمِّ[1].

أما ثبوتُ النسَبِ فلأن الولدَ بحالِه لم يحدُثْ[2] فيه [3]ما يَلْحَقُه[3] الفسخُ فصحَّتِ الدعوةُ فيه، والأُمُّ قد وُجِد فيها ما لا يَلْحَقُه الفسْخُ فلم تُؤثِّرِ الدعوةُ فيها، ولأن النسبَ يَجوزُ أن ينفَرِدَ عن الاستيلادِ، الدليلُ عليه ولدُ المغْرُورِ.

ولأن الاستيلادَ فرْعٌ والنسَبَ أصلٌ، وتعذُّرُ الفرْعِ لا يُبْطِلُ الأصلَ، وتعذُّرُ الأصلِ يَمْنَعُ من ثبوتِ الفرْعِ، وإنما رجَع بالثمنِ كلِّه على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأن الولدَ لم يَتناوَلْه العقدُ، ولا تَلِف في يدِه فلم يَلْزَمْه في مقابلتِه شيءٌ، وأما الأُمُّ ففي زَعْمِ البائعِ أنها أُمُّ ولدٍ ولا قيمةَ لأُمِّ الولدِ عندَه، فلم يَضْمَنْ باليدِ، فلَزِمه أن يَرُدَّ جميعَ الثمنِ.

وعلى قولِهما: لِرِقِّها قيمةٌ، فلما قبَضها المشتَرِي وتَلِفتْ في يدِه وجَب عليه ضمانُها باليدِ، فرجَع بحصةِ الولدِ خاصةً من الثمنِ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٨/ ٤٤)، و«المبسوط» (٧/ ١٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤٩)، و«الهداية» (٣/ ١٧٤)، و«العناية» (٨/ ٢٩٦)، و«البناية» (٩/ ٤١٦).

(٢) في (ي): «يثبت».

(٣-٣) في (أ٢، ح، غ، ي): «شيء لا يلحقه»، وفي (س، ض): «ما لا يلحقه»، وفي (ظ): «شيء ما يلحقه».



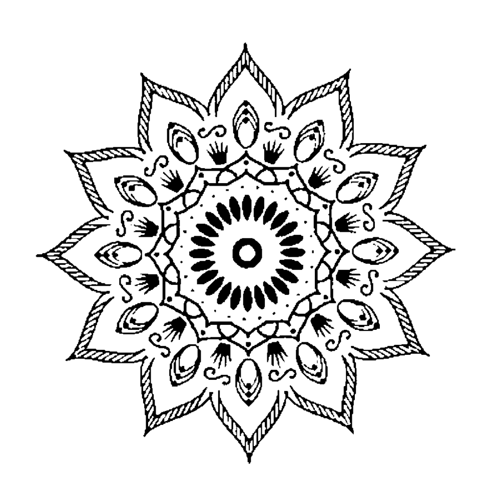
قال: ومَنِ ادَّعى نسَبَ أحدِ التَّوْءَمَيْنِ ثبَت نسبُهما منه.

وذلك لأنهما حَمْلٌ واحدٌ فلا يَنْفَرِدُ نسَبُ بعضِه عن بعضٍ كالولدِ الواحدِ، ويَصِيرُ ثبوتُ أحدِ الولدَيْنِ شاهِدًا على ثبوتِ نسَبِ الآخَرِ.

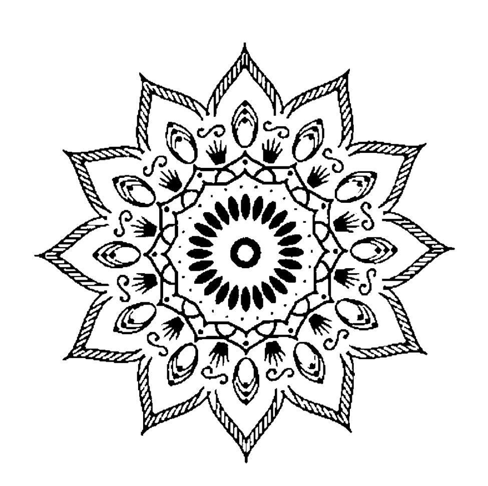
واللهُ أعلم[1]

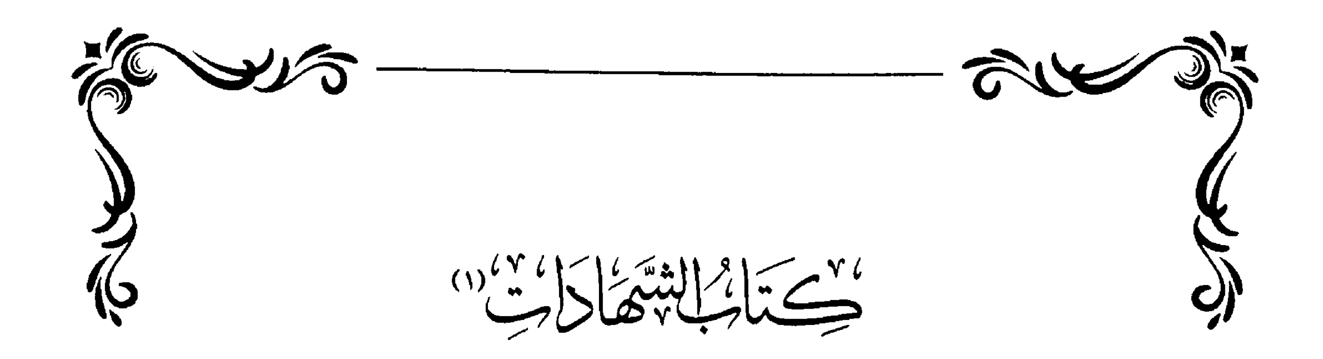
(١) بعده في (ض٢): «وافق الفراغ من نسخه في يوم الإثنين المبارك، بعد صلاة العصر، في تاسع عشر شهر الله المحرم، سنة ثلاث وثمانين وسبعمئة، والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم».





كِتَابُ الشَّهَادَاتِ





كتاب الشهادات[1]

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الشهادةُ فرضٌ يَلْزَمُ الشهودَ ولا يَسَعُهم كِتمانُها إذا طالَبهم المُدَّعِي.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وإنما اعْتَبَر مطالبةَ المدعِي لأنه حقٌّ له، فوقَف على مطالبتِه كسائرِ الحقوقِ.

قال: والشهادةُ بالحدودِ يُخَيَّرُ فيها الشاهِدُ بيْنَ السِّتْرِ والإظْهارِ، والسِّتْرُ أفضلُ.

وذلك لما رُوِي أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: كان يُلَقِّنُ المقِرَّ بالسرقةِ الرجوعَ، فيقولُ: «مَا إِخَالُهُ سرَق»[2]. ولقَّن ماعِزًا الرجوعَ، وقال له: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، لَعَلَّكَ

---

(١) قبله في (ض٢): «الرابع من شرح القدوري للأقطع، بسم اللَّه الرحمن الرحيم، وبه الإعانة والتوفيق».

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٦٨)، والدارقطني (٣١٦٣)، والحاكم (٤/ ٣٨١)، والبيهقي (٨/ ٢٧١) من طريق الدراوردي، عن يزيد بن خصيفة، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٤٤)، والدارقطني (٣١٦٤) عن الثوري، عن يزيد، عن محمد بن عبد الرحمن مرسلًا. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/ ١٢٤): «ورجَّح ابن خزيمة، وابن المديني، وغير واحد إرساله، وصحَّح ابن القطان الموصول».



لَامَسْتَ[1]». وطرَده مرَّةً بعْدَ مرَّةٍ[2].

وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «اطْرُدُوا المُعْتَرِفِينَ»[3]. يَعْنِي: بالزِّنى، فدَلَّ ذلك على أن الإمامَ مندوبٌ إلى دَرْءِ الحدودِ قَبْلَ ثبوتِها، وإذا نُدِب الإمامُ إلى ذلك كان اعتبارُه في حقِّ الشاهِدِ أَوْلى، وهذا يقتَضِي أن يكونَ الأَوْلى للشاهِدِ السترَ على المسلِمِ، فإن اختار إقامةَ الشهادةِ جاز وقد ترَكَ الأَوْلى، وعن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال للرجلِ الذي شَهِد عندَه: «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ»[4].

قال: إلَّا أنه يَجِبُ أن يَشْهَدَ بالمالِ في السرقةِ فيقولُ: أخَذ[5]. ولا يَقولُ: سرَق.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ أن الواجبَ في السرقةِ ضمانُ المالِ أو القطْعُ، والأَمْرُ في ذلك مُراعًى، فإن سقَط القطْعُ لشبهةٍ وجَب المالُ، وإن قُطِع السارقُ سقَط عنه الضمانُ، فإذا اختار الشاهِدُ السترَ لدَرْءِ الحدِّ وجَب أن يَشْهَدَ بالمالِ لوجوبِه عندَ سقوطِ الحدِّ، ولو لم يَشْهَدْ بأخْذِ المالِ سقَط مع سقوطِ الحدِّ، وهذا لا يَجوزُ ويُمْكِنُه أن يَشْهَدَ على وجهٍ يُثْبِتُ المالَ دونَ الحدِّ، وهو قولُه: أخَذ. فكان ذلك أَوْلى.

---

(1) في (ح، ش، ض، ظ): «المست».

(2) أخرجه البخاري (٦٨٢٤) عن ابن عباس.

وفي رواية عند أبي داود (٤٤٢٦) قال: «جاءَ ماعِزُ بنُ مالكٍ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فاعترَفَ بالزنى مرَّتينِ، فطَرَدَهُ، ثُمَّ جاءَ فاعترَفَ بالزنى مرَّتَينِ، فقال: «شَهِدتَ على نفسك أربعَ مرَّاتٍ، اذهَبُوا به فارجُمُوهُ».

(3) أخرجه البيهقي (٨/ ٢٧٦).

(4) أخرجه أبو داود (٤٣٣٧)، والنسائي في «الكبرى» (٧٢٠٥) من طريق الثوري، عن زيد بن أسلم، عن يزيد بن نعيم بن هزال، عن أبيه. ينظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٠٧).

(5) بعده في (ح، ظ): «المال».

قال: والشهادةُ على مراتِبَ؛ منها الشهادةُ بالزِّنى، يُعْتَبَرُ فيها أربعةٌ مِن الرجالِ.

لقولِه تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤]، ولقولِه تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥].

قال: ولا تُقْبَلُ فيها[1] شهادةُ النساءِ.

وذلك لما رُوِي عن الزهريِّ أنه قال: «مَضَتِ السُّنَّةُ مِن لدُنْ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخليفتَيْنِ مِن بعْدِه أن لا تُقْبَلَ شهادةُ النساءِ في الحدودِ والقِصاصِ»[2]. ولأن شهادةَ النساءِ قائمةٌ مقامَ شهادةِ الرجالِ، وما يسقُطُ بالشبهةِ لا يَثْبُتُ بما قام مقامَ الغيرِ.

قال: ومنها الشهادةُ ببقيةِ الحدودِ والقِصاصِ؛ تُقْبَلُ فيها شهادةُ رجلَيْنِ، ولا تُقْبَلُ فيها شهادةُ النساءِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وهو عامٌّ، وإنما لم تُقْبَلْ فيه شهادةُ النساءِ؛ لأنه مما يَسْقُطُ بالشبهةِ كحدِّ الزِّنى، ولحديثِ الزهريِّ أيضًا.

قال: وما سِوى ذلك مِن الحقوقِ تقْبَلُ فيه شهادةُ رجلَيْنِ أو رجلٍ وامرأتَيْنِ، سواءٌ كان الحقُّ مالًا أو غيرَ مالٍ، مثلُ النكاحِ والطلاقِ والوكالةِ والوصيةِ[3].

---

(١) ليس في (ش)، وفي (أ٢، ح، س، ي): «فيه»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٣٠٧).

(٣) ينظر: «النتف» (١/ ٢٧٩)، و«المبسوط» (٩/ ٤٢)، (٢٦/ ١٨٤)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٦٢)، =

وقال الشافعيُّ: لا تُقبَلُ شهادةُ النساء في النكاحِ، والخلْعِ، والطلاقِ، والرجعةِ، والتوكيلِ، والوصيةِ إليه، والوديعةِ، والعِتْقِ، والنسَبِ، والكتابةِ، والتدبيرِ، ويُقْبَلُ في القروضِ، والغُصوبِ، وعقودِ المعاوضاتِ، والقِراضِ، والرهنِ، والجنايةِ التي تُوجِبُ المالَ[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وهو عامٌّ، ثُمَّ قال: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وروَى عطاءٌ، عن عمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «أجاز رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شهادةَ رجلٍ وامرأتَيْنِ في النكاحِ»[2]. وهذا نصٌّ.

وأما الرجعةُ: فلأنها وُضِعتْ لمنْعِ زوالِ الملْكِ فصار كإسقاطِ الخيارِ في البيعِ.

وأما الطلاقُ: فلأنه سببٌ للتحريمِ كالرضاعِ.

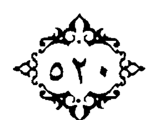
وأما العِتْقُ: فلأنه إزالةُ ملْكٍ فأَشْبَهَ البيعَ، ولأن جميعَ ذلك مما لا يُؤَثِّرُ فيه الشبهةُ، فتُقبَلُ فيه شهادةُ النساءِ مع الرجالِ كعقودِ المعاوضاتِ.

فإن قيل: ما لا يُقْصَدُ به المالُ إذا لم تُقْبَلْ فيه شهادةُ النساءِ منْفَرِداتٍ لا تُقْبَلُ فيه شهادتُهن مع الرجالِ، أصلُه القصاصُ والحدودُ.

و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧٩).

(١) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٨)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٢)، و«التهذيب» (٨/ ٢١٨)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٥٣).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤٥٥٩) من طريق بقية، عن شعبة، عن الحجاج بن أرطأة، عن عطاء، عن عمر. قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٣٦٢): «لم يسمع عطاء عمر بن الخطاب، وفي إسناده أيضًا بقية، والحجاج بن أرطأة».



قيل له: يَبْطُلُ بالأجَلِ والخيارِ، ثُمَّ المعْنى في الأصلِ أنه يَسْقُطُ بالشبهةِ فلم تُقْبَلْ فيه شهادةُ النساءِ، وفي مسألتِنا بخلافِه.

قال: وتُقْبَلُ في الولادةِ، والبَكارةِ، والعيوبِ بالنساءِ، في موضِعِ لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ[1].

وقال الشافعيُّ: أربعُ نسوةٍ[2].

لنا: ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادةَ القابِلةِ في الولادةِ»[3]، وكذلك رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولا مُخالِفَ له[4]، ولأن ما يُقْبَلُ فيه قولُ النساءِ منفرِداتٍ يُقْبَلُ فيه قولُ امرأةٍ واحدةٍ، أصلُه الإخبارُ عن رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

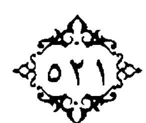
---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٢٧١)، (٨/ ٧٧)، و«المبسوط» (٦/ ٤٩)، (١٠/ ١٧٧)، (١٦/ ١٤٤) و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٣).

(٢) ومذهب الشافعي هنا أنه يقبل أربع نسوة أو رجل وامرأتين. ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٨)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٤)، و«التهذيب» (٨/ ٢١٨)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٥٣).

(٣) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٥٩٦)، والدارقطني (٤٥٥٦) من طريق محمد بن الملك الواسطي، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن حذيفة. قال الدارقطني: «محمد بن عبد الملك لم يسمعه من الأعمش، بينهما رجل مجهول». ثُمَّ ساقه في (٤٥٥٧) من طريق محمد بن عبد الملك، عن أبي عبد الرحمن المدائني، عن الأعمش، به.

(٤) أخرجه الدارقطني (٤٥٥٨)، ومن طريقه البيهقي (١٠/ ١٥١) من طريق جابر الجعفي، عن عبد اللَّه بن نجي، عن علي. قال البيهقي: «هذا لا يصح، جابر الجعفي متروك، وعبد اللَّه بن نجي فيه نظر، ورواه سويد بن عبد العزيز، وهو ضعيف، عن غيلان بن جامع، عن عطاء بن أبي مروان، عن أبيه: أن عليًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فذكره. قال إسحاق الحنظلي: لو صحت شهادة القابلة عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لقلنا به، ولكن في إسناده خلل. قال الشافعي: لو ثبت عن علي صرنا إليه إن شاء اللَّه، ولكنه لا يثبت عندكم، ولا عندنا عنه». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٨٠، ٨١).



فإن قيل: شهادةٌ بحقٍّ فاعْتُبِر فيها العددُ، أصلُه سائرُ الشهاداتِ.

قيل له: المعْنى في الأصلِ أنه لما اعْتُبِر فيها العددُ لم تُقْبَلْ فيه شهادةُ النساءِ على الانفرادِ، ولمَّا قُبِل في مسألتِنا شهادتُهن على الانفرادِ لم يُعْتَبَرِ العددُ كما قُلنا في الأخبارِ.

قال: ولا بُدَّ في ذلك كلِّه مِن العدالةِ.

كقولِه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢]، ولقولِه تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢]. والفاسقُ ليس بمرْضِيٍّ، ولقولِه تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات:٦]. ولأن الفاسقَ يُقْدِمُ على ما هو محرَّمٌ مع عِلْمِه بتحريمِه، فلا يُؤمَنُ أن يُقْدِمَ على شهادةِ الزُّورِ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه للتهْمةِ.

قال: ولفظِ الشهادةِ، فإن لم يَذْكُرِ الشاهدُ لفظَ الشهادةِ، وقال: أَعْلَمُ وأَتيَقَّنُ. لم تُقْبَلْ شهادتُه.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢]. فاعْتُبِر لفظُ الشهادةِ، وقال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢]. ولا يُسمَّى شاهدًا إلا أن يأتِيَ بلفظِ الشهادةِ، لأن الاسمَ مُشتَقٌّ مِن الشهادةِ، وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهلالٍ: «ائْتِنِي بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ وَإِلَّا فَحَدٌّ فِي ظَهْرِكَ»(١). فاعْتَبَرَ لفظَ الشهادةِ.

(١) أخرجه النسائي (٣٤٦٩)، وفي «الكبرى» (٥٦٣٤) عن أنس بن مالك. وأصله عند مسلم (١٤٩٦).



قال: وقال أبو حنيفةَ: يَقْتَصِرُ الحاكِمُ على ظاهرِ عدالةِ المسْلِمِ إلَّا في الحدودِ والقِصاصِ فإنه يَسأَلُ عن الشهودِ، وإن طعَنَ الخصْمُ فيهم سأل عنهم.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا بُدَّ أن يَسأَلَ عنهم في السرِّ والعلانيةِ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبِل شهادةَ الأعرابيِّ على رؤيةِ الهلالِ»[3]، ولم يَسأل عن عدالتِه في الباطِنِ لمَّا أَظْهَر الإسلامَ، ولأن الغالبَ أن الإنسانَ يَبْلُغُ وهو غيرُ مرتكِبٍ لمعصيةٍ فتَحْصُلُ له عدالةُ الإسلامِ، فوجَب الحكْمُ ببقائِها ما لم يُوجَدْ ما يُنافِيها، يُبَيِّنُ ذلك أن مَن ثبتَتْ عدالتُه عندَ الحاكِمِ بالسؤالِ عنه يُحْكَمُ ببقائها ولا يُسأَلُ عنه في الثاني لِما ذَكَرْناه كذلك هذا، ولأن السلَفَ الصالحَ لم يَسألوا عن الشهودِ، وأوَّلُ مَن سأل عنهم ابنُ شُبْرمةَ[4]، فدَلَّ

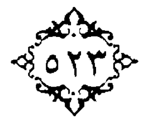
(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١١٨)، و«العناية» (٧/ ٣٧٧)، و«البناية» (٩/ ١١٤).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٤٩)، و«المهذب» (٣/ ٣٨٨)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٤٨٤)، و«بحر المذهب» (١١/ ١٧٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٤٠)، والترمذي (٦٩١)، والنسائي (٢١١٣)، وفي «الكبرى» (٢٤٣٣)، وابن ماجه (١٦٥٢) من طريق سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس. وقد اختلف فيه على سماك، وأكثر أصحابه يروونه عن عكرمة مرسلًا. ينظر: «نصب الراية» (٢/ ٤٣٥، ٤٤٣).

وأخرج أبو داود (٢٣٣٩)، والدارقطني (٢٢٠٢) من طريق ربعي بن حراش، عن رجل، من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «اختلف الناس في آخر يوم من رمضان، فقدم أعرابيان، فشهدا عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باللَّه لأهلا الهلال أمس عشية...» الحديث. وقال الدارقطني: «هذا إسناد حسن ثابت».

(٤) أخرجه وكيع في «أخبار القضاة» (٣/ ١١٦) من طريق جرير، عن مغيرة. وينظر: «الطبقات =



اتِّفاقُهم على اعتبارِ عدالةِ الإسلامِ.

وجْهُ قولِهما: أن الشاهدَ يَجوزُ أن يكونَ عدْلًا في الباطِنِ، ويَجوزُ أن يكونَ فاسِقًا، فوجَب اعتبارُ حالِه ليأْمَنَ الحكْمَ بِمَنْ لا يَجوزُ الحكْمُ بقولِه، ولأن العدالةَ مُعْتَبَرةٌ فوجَب البحثُ عنه لِيُعْلَمَ وجودُ هذه الصفةِ، الدليلُ على ذلك الشهادةُ بالحدودِ.

وكان الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ الرازيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: لا خلافَ في هذه المسألةِ بين أصحابِنا؛ لأن أبا حنيفةَ أجاب في زمانِه وكان الغالبُ على ما شاهَده منهم العدالةَ، وقد زكَّاهم رسولُ اللَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقولِه: «خَيْرُ القُرُونِ قَرْنِي، الذين بُعِث فيهم، ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَفْشُو الكَذِبُ»[1]؛ وأجاب أبو يوسفَ، ومحمدٌ: في زمانِهما، وقد تغيَّر الناسُ وكثُر الفسادُ، ولو شاهَد ذلك

الكبرى» لابن سعد (٦/ ٣٥١)، و«مختصر اختلاف العلماء» للطحاوي (٣/ ٣٣١- ط البشائر)، و«التجريد» (١٢/ ٦٥٤٠).

(١) أخرجه البخاري (٢٦٥١، ٢٦٥٢)، ومسلم (٢٥٣٣، ٢٥٣٥) من حديث ابن مسعود، وعمران ابن حصين، بلفظ: «خيرُ النَّاسِ قَرنِي». وأخرجه مسلم (٢٥٣٤) من حديث أبي هريرة، بلفظ: «خَيرُ أُمَّتِي القَرنُ الذين بُعِثتُ فيهم». وأخرج فشوَّ الكذب الترمذي معلَّقًا (٢٣٠٣) من حديث عمر بن الخطاب.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٤): «خيركم قرني، الحديث: يعني الصحابة، ثم التابعين. والقَرْن بفتح القاف، وسكون الراء المهملة، وآخره نون: أهل كل زمان، وهو مقدار التوسط في أعمار أهل كل زمان، مأخوذ من الاقتران، فكأنه المقدار الذي يقترن فيه أهل ذلك الزمان في أعمارهم وأحوالهم. وقيل: القرن أربعون سنة. وقيل: ثمانون. وقيل: مئة. وقيل: هو مطلق من الزمان». ينظر: «النهاية» (٤/ ٥١).

أبو حنيفة لقال بقولِهما[1].

وأما إذا طعَن الخصمُ في الشاهدِ، فلا بُدَّ مِن السؤالِ عنه، لأنه ادَّعى معْنًى حادثًا فصارتِ المسألةُ حقًّا له وجَب بدعواه، وإن لم يكن حقًّا قبْلَ الدعوى كحضورِ مجلِسِ الحكْمِ والاستِحْلافِ.

فإن قيل: إذا وقعتْ عدالةُ الإسلامِ يَجِبُ ألَّا يُسأَلَ عنهم كما لا يُسأَلُ عنهم بعْدَ ما عدَّلهم القاضِي.

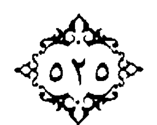
قيل له: التعديلُ قد يتغيَّرُ، وقد قال محمدٌ: يَجِبُ على القاضِي أن ينظُرَ في عدالةِ الشهودِ كلَّ ستةِ أشهرٍ، هذا إذا كان التعديلُ متقدِّمًا، فأما إن كان قريبًا فلا مَعْنى للمسألةِ[2].

وأما اعتبارُ المسألةِ عنهم في الحدودِ والقصاصِ على كلِّ حالٍ، فلأن الحدودَ قد اعْتُبِر فيها مِن الاحتياطِ ما لم يُعْتَبَرْ في غيرِها، ولهذا لا يُقْبَلُ فيها شهادةُ النساءِ، ولا الشهادةُ على الشهادةِ، فجاز أن يؤكَّدَ فيها أيضًا باعتبارِ عدالةِ الباطنِ، وهو موضعُ إجماعٍ أيضًا.

---

(١) ينظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٢٣٨). وقال صاحب «الاختيار» (٢/ ١٤٢): «ولقد تصفحت كثيراً من كتب أبي بكر الرازي فما رأيته رجَّح على قول أبي حنيفة قول غيره إلا في هذه المسألة، وإنما رجَّح قولهما لما رأى من فساد أهل الزمان، وقلة مبالاتهم بالأمور الدينية».

(٢) ويحكى ذلك عن أبي بكر الرازي، حيث نسبه إليه صاحب «الاختيار» (٢/ ١٤٢)، فقال: «ينبغي للحاكم أن ينقب عن أحوال الشهود في كل ستة أشهر؛ لأنه قد يطرأ على الشاهد في هذه المدة ما يخرجه عن أهلية الشهادة».



قال: وما يتحمَّلُه الشاهِدُ على ضَرْبَيْنِ؛ أحدُهما ما يثبُتُ[1] بنفسِه مثلُ البيعِ، والإقرارِ، والغصْبِ، والقتْلِ، وحكْمِ الحاكِمِ، فإذا سَمِع ذلك الشاهِدُ أو رآه وَسِعه أن يَشْهَدَ به وإن لم يُشْهَدْ عليه.

والأصلُ في ذلك إجماعُهم على أن رجلَيْنِ لو سَمِعا أن رجلًا طلَّق امرأتَه ثلاثًا فجاءَتْ تطلُبُ شهادتَهما، أو سَمِعا رجلًا قد أَعْتَق أمتَه فجاءَتِ الأَمَةُ تطلُبُ شهادتَهما لم يَسَعْهما تَرْكُ الشهادةِ، لأنهما لو تركاها وَطِئ الرجلُ الحرامَ، وكذلك إذا شاهَدا[2] القتلَ[3]، والغصبَ، والطلاقَ، والعَتاقَ، كلُّ واحدٍ ثابتٌ بنفسِه فيُعْتَبَرُ به كلُّ ما هو ثابتٌ بنفْسِه في جوازِ الشهادةِ عليه مِن غيرِ إشهادٍ.

وقد قالوا: إنما يَجوزُ ذلك إذا رأَوه يَفْعَلُ ذلك أو عرَفوا صحتَه، فإن سَمِعا كلامَه مِن وراءِ حجابٍ غليظٍ أو خلْفَ حائطٍ لا يَرَوْنه لم يَسَعْهُمُ الشهادةُ، وإن شَهِدوا وعرَف القاضِي ذلك لم تَجُزْ شهادتُهم لأن هذه شهادةٌ على الصوتِ، والصوتُ يُشْبِهُ الصوتَ فلا تَجوزُ الشهادةُ بالشَّكِّ.

قال: ويقولُ: أَشْهَدُ أنه باع. ولا يقولُ: أَشْهَدَنِي.

وهذا صحيحٌ، لأنه لو قال: أَشْهَدَنِي. كذَب في شهادتِه فلا يَجوزُ له ذلك.

---

(١) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «حكمه»، وهو موافق لما في «الهداية» (٣/ ١١٩)، و«العناية» (٧/ ٣٨٣)، و«البناية» (٩/ ١٢٢).

(٢) في (أ٢، ش، ي): «شاهد»، وفي (س): «شاهدوا».

(٣) في (ح، ع): «بالقتل».



قال: ومنه ما لا يَثْبُتُ حكْمُه بنفسِه مثْلُ الشهادةِ على الشهادةِ، فإذا سَمِع شاهِدًا يَشْهَدُ بشيءٍ لم يَجُزْ له أن يَشْهَدَ على شهادتِه إلا أن يُشْهِدَه، وكذلك لو سَمِعه يُشْهِدُ الشاهدَ على شهادتِه لم يَسَعِ السامِعَ أن يَشْهَدَ.

وذلك لأنه غيرُ ثابتٍ بنفْسِه ألا تَرى أنه يفتَقِرُ إلى حكمِ الحاكِم، ولو شَهِد رجلٌ عندَ حاكِمٍ فلم يَحْكُمْ بشهادتِه حتى عُزِل لم يَجُزْ للقاضِي الآخَرِ أن يَحْكُمَ بتلك الشهادةِ حتى يُعِيدَها، فصارتْ مِن هذا الوجْهِ بمنزلةِ ما لم يكن، ولمَّا كان الإقرارُ حكْمُه ثابتٌ بنفْسِه كان للقاضِي الثاني أن يَقْضِيَ به فبان الفرْقُ بينَهما، ووقَف جوازُ الشهادةِ بما لا يثبُتُ بنفْسِه على وجودِ الإشهادِ.

قال: ولا يَحِلُّ للشاهِدِ إذا رأَى خطَّه أن يَشْهَدَ إلا أن يَذْكُرَ الشهادةَ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[الزخرف:٨٦]، وقال النبيُّ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ لابنِ عباسٍ: «إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ»[1]. ولأن الخط يُشْبِهُ الخطَّ، فإذا لم يَذْكُرِ الشهادةَ، لم يأمَنْ أن يكونَ غيرَ خطِّه فلا يَجوزُ له الشهادةُ بالشكِّ.

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ الأعمى، ولا المَمْلُوكِ.

وعن زفرَ: أن شهادةَ الأعمى تُقْبَلُ في النسَبِ[2].

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٩٨)، والبيهقي (١٠/ ١٥٦) من طريق محمد بن سليمان بن مسمول، عن عبيد اللّه بن سلمة بن وهرام، عن أبيه، عن طاوس، عن ابن عباس. قال البيهقي: «محمد ابن سليمان بن مسمول هذا تكلم فيه الحميدي، ولم يرو من وجه يعتمد عليه». ينظر: «البدر المنير» (٩/ ٦١٧).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٢١)، و«العناية» (٧/ ٣٩٧)، و«البناية» (٩/ ١٣٤).



وقال الشافعيُّ: تُقْبَلُ شهادتُه فيما طريقُه الخبرُ كالنسَبِ والموتِ، وتقبل أيضًا في مسألة (١الضَّبْطَةِ؛ وهي١) أن يَتعلَّقَ برجلٍ فيُقِرَّ عندَه لرجلٍ بمالٍ فيَجِيءَ به إلى القاضِي مِن غيرِ أن يُفارِقَه ويقولَ: أَشْهَدُ أن هذا أقرَّ لفلانٍ بكذا[٢].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابنِ عباسٍ: «إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ». ولأن مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه على الديونِ لا تُقْبَلُ على الأنسابِ كالفاسِق، أو لا تُقْبَلُ شهادتُه على شهادةِ غيرِه بحالٍ فلا تُقْبَلُ شهادتُه بنفسِه كالعبدِ.

فإن قيل: إن هذه الشهادةَ لا تَقِفُ على المشاهَدةِ، بل تَقِفُ على الخبَرِ، والأعمى يَقَعُ له العلْمُ بالخبَرِ كما يَقَعُ للبصيرِ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بالعبدِ.

وأما البصيرُ إذا تحمَّل شهادةً، ثُمَّ عَمِي، قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: لا يُقْبَلُ.

وقال أبو يوسفَ: يُقْبَلُ[٣]. وبه قال الشافعيُّ[٤].

وجْهُ قولِهما: أن مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه على الأعيانِ لا تُقْبَلُ شهادتُه على الأسماءِ أو الأنسابِ، أصلُه الفاسقُ، بيانُ هذا أن عندَهم لو قال: أشهَدُ أن لهذا على هذا كذا. لم تُقْبَلْ، وإنما تُقْبل إذا قال: لزيدٍ على عمروٍ كذا. ولأنه لا يَخْلُو إما أن يَشْهَدَ

(١-١) في (أ٢): «الضبط وهو»، وفي (ش، ظ): «الضبطة وهو».

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٤٣)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٧)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٦١٥)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٦٠).

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٢١)، و«العناية» (٧/ ٣٩٨)، و«البناية» (٩/ ١٣٤).

(٤) مذهب الشافعي فيه تفصيل؛ إن كان المشهود عليه معروف الاسم والنسب قبلت الشهادة حينئذ، وإن لم يكن كذلك لم تقبل شهادتُه. ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٤٣)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٧)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٦٠).



بالإشارةِ إلى المدعَى عليه أو بالاسمِ، ولا يَجوزُ أن يَشْهَدَ بالإشارةِ؛ لأنه يَعْرِفُ المشهودَ عليه بالاستدلالِ فأَشْبَه البصيرَ إذا شَهِد مِن وراءِ حائطٍ، ولا يَجوزُ أن يَشْهَدَ على الاسمِ؛ لأن ذلك لا يَصِحُّ مع حضورِ المدعَى عليه، أصلُه البصيرُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه تحمَّل الشهادةَ وهو بصيرٌ ويؤدِّيها على الاسمِ[1] فجاز ذلك، كما لو شَهِد البصيرُ على ميتٍ.

الجوابُ: أن الشهادةَ لا تَجوزُ إلا على خصمٍ، وإذا شَهِد لميتٍ أو على ميتٍ، فلا بُدَّ أن يقولَ: وهذا وَصِيُّه وهو معيَّنٌ. وذلك يُمْكِنُ مِن البصيرِ، ولا يُمْكِنُ مِن الأعمى فافْتَرَقا.

وأما المملوكُ فلا تُقْبَلُ شهادتُه لقولِه تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. والعبدُ ليس بمَرْضِيٍّ في العادةِ، ولأن الشهادةَ فيها ضَرْبٌ مِن الولايةِ، ألا تَرى أنها تُوجِبُ حقًّا على غيرِه بقولِه، والعبدُ ليس مِن أهلِ الولايةِ فلم يكن مِن أهلِ الشهادةِ.

قال: ولا المَحْدُودِ في قذْفٍ وإن تاب.

وقد بيَّنَّا ذلك في بابِ حدِّ القذْفِ.

قال: ولا شهادةُ الوالِدِ لولَدِه وولَدِ ولَدِه، ولا شهادةُ الولَدِ لأَبَوَيْه وأجدادِه.

وذلك لأن مالَ الولدِ قد جُعِل في حكْمِ مالِ الوالِدِ بالأخبارِ المشهورةِ فكأنه شَهِد لنفْسِه.

---

(١) في (س، ض، غ، ل، ي، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «الإشارة».

وذكَر الخصَّافُ في «أدبِ القاضِي» عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ لِوَالِدِهِ، وَلَا الوالِدِ لِوَلَدِه، وَلَا المرْأَةُ لِزَوْجِها وَلَا الزَّوْجُ للْمَرْأةِ، وَلَا العَبْدُ لِسَيِّدِهِ، ولَا المولَى لِعَبْدِهِ، ولَا الأَجِيرُ لِمَنِ اسْتَأْجَرَهُ»[1].

وإذا ثبَت هذا في الولدِ والوالِدِ ثبَت في ولَدِ الولَدِ وفي الأجدادِ، لأن اسمَ الأولادِ والآباءِ يَتناوَلُهم، وقد قال داودُ: تُقْبَلُ الشهادةُ في جميعِ ذلك[2].

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ أحدِ الزوجينِ للآخَرِ[3].

وقال الشافعيُّ: تُقْبَلُ[4].

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٨٢): «غريب». وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ١٧٢): «لم أجده، ويقال: إن الخصاف أخرجه بإسناده مرفوعًا».
وقد أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٧٣٩)، وعبد الرزاق (١٥٤٧٤)، وابن أبي شيبة (٢٣٣١٤) من قول شريح. وأخرجه عبد الرزاق (١٥٤٧٦)، وابن أبي شيبة (٢٣٣١٥) من قول النخعي.

(٢) ينظر: «المحلى» (٨/ ٥٠٦)، و«المغني» (١٠/ ١٧٣).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٢٢)، و«التجريد» (١١/ ٦٠٢٦)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٠٤).
وقال في حاشية (ح): «وفي المحيط: ولا نقبل شهادته لمعتدته من رجعي أو بائن لقيام النكاح في بعض الأحكام، ولو شهد أحدهما لآخر في حادثةٍ فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة لا تقبل، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح؛ لأن القاضي لما ردها صار مكذَّبًا في تلك الشهادة شرعًا فكان مكذبـًا فلا تقبل».

(٤) المعتمد في مذهب الشافعي قبول شهادة أحد الزوجين في الآخر إلا الزوج لا تقبل شهادته بالزنى على زوجته؛ لأنها دعوى خيانتها فراشه. ينظر: «المهذب» (٣/ ٤٤٧)، و«التهذيب» (٨/ ٢٧٦)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٧٦).



لنا: ما ذكَره الخصَّافُ عن النبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه قال: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلَا الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ، ولَا شَهَادَةُ الزوْجَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا شَهَادَةُ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ». ولأن بينَهما سببًا يُوجِبُ التوارثَ في جميعِ الأحوالِ، فلا يَجوزُ شهادةُ أحدِهما للآخَرِ كالولدِ والوالدِ.

فإن قيل: بينهما سببٌ لا يُوجِبُ العِتْقَ إذا ملَكه فلا يَمْنَعُ قبولَ الشهادةِ كابنِ العَمِّ.

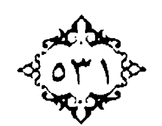
قيل له: هذا الاعتبارُ يَبْطُلُ بالعبدِ مع سيِّدِه[1]، ويَنْكَسِرُ بالمولَى مع مكاتَبِه، ثُمَّ المعْنى في الأصلِ أن تلك القرابةَ لم تُجْعَلْ بمنزلةِ قرابةٍ كاملةٍ، بدليلِ أنها لا تُوجِبُ التوارثَ في جميعِ الأحوالِ، وهاهنا بخلافِه.

قال: ولا شهادةُ المَوْلَى لعبدِه ولا لِمُكاتَبِه.

وذلك لما رُوِّينا في الخبرِ أنه قال: «وَلَا المولَى لِعَبْدِهِ، وَلَا العَبْدِ لِمَوْلَاهُ». ولأنه لا يَخْلُو إما أن يكونَ على العبدِ دَيْنٌ أو لا يكونَ، فإن لم يكن عليه دَيْنٌ فما يَحْصُلُ له فهو لمولاه فكأنه شَهِد لنفْسِه، وإن كان عليه دَيْنٌ فما يَحْصُلُ له موقوفٌ عليه وعلى مولاه فصار في شهادتِه منفعةٌ لنفْسِه فلم تُقْبَلْ، وكذلك مالُ المكاتَبِ موقوفٌ عليه فله في الشهادةِ للمكاتَبِ منفعةٌ فلم تُقْبَلْ للتهمةِ.

قال: ولا شهادةُ الشريكِ لِشَريكِه فيما هو مِنْ شَرِكتِهما.

(١) قال في حاشية (ح): «أما العبد والكافر والصبي إذا ردت شهادتهم، ثُمَّ أعتق وأسلم وبلغ وأعاد تلك الشهادة تقبل، وبه قال الشافعي وأحمد. كاكي».



لِما رُوِي في الخبرِ الذي ذكَره الخصَّافُ أنه قال: «وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ». ولأن ما يَحْصُلُ بشهادتِه له فيه جزءٌ فكأنه شَهِد لنفسِه، فأما إذا شَهِد له فيما ليس مِن شركتِهما فهو جائزٌ؛ لأنه لا منفعةَ له فيه فزالتِ التهْمةُ.

قال: وتُقْبَلُ شهادةُ الرجلِ لأخِيه وعمِّه.

لقولِه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وهو عامٌّ إلا ما خصَّه الدليلُ، وإجماعُ المسلِمينَ على ذلك[١].

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ مُخَنَّثٍ، ولا نائحةٍ، ولا مُغَنِّيَةٍ.

وذلك لِما رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نهى عن الصوتَيْنِ الأحْمَقَيْنِ؛ النائحةِ، والمغَنِّيةِ»[٢]، ولأن مَن لا يَمْتَنِعُ مِن ذلك حياءً مِن الناسِ لا يُؤْمَنُ مِن أن يرتكِبَ الشهادةَ بما لا أصلَ له فصار تُهمةً فمُنِع.

وأما المخنَّثُ فإنما يُريد به مَن يتصنَّعُ ويَتشبَّه بالنساءِ[٣]، وقد «منَع النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِن التشبُّهِ بالنساءِ»[٤]، فإذا ارتكَب ذلك مع وجودِ النهْيِ، لم يُؤْمَنْ أن يرتكِبَ الشهادةَ بالزُّورِ فلم تُقْبَلْ شهادتُه.

---

(١) ينظر: «بداية المجتهد» (٤/ ٢٤٧)، و«المغني» (١٠/ ١٧٥)، و«البناية» (٩/ ١٤٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٠٥) من طريق عيسى بن يونس، عن ابن أبي ليلى، عن عطاء، عن جابر ابن عبد اللَّه. وقال: «حديث حسن». وقال النووي: «وهو من رواية محمد بن أبي ليلى، وهو ضعيف، فلعلَّه اعتضد». ينظر: «الخلاصة» (٢/ ١٠٥٧)، و«نصب الراية» (٤/ ٨٤).

(٣) الانخناث: التثني والتكسر، وتخنيث الكلام تليينه، واشتقاق المخنث منه، وجمع الخنثى الخناث كالأنثى والإناث، والخناثى كالحبلى والحبالى. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٧١).

(٤) أخرجه البخاري (٥٨٨٥) عن ابن عباس.



قال: ولا مُدْمِنِ الشُّرْبِ على اللَّهْوِ.

وذلك لأن هذا النوعَ مُحرَّمٌ مِن كلِّ وجْهٍ، فإذا فعَله فسَق فلم تُقْبَلْ شهادتُه، فأما مَن أَدْمَن على الشربِ على غيرِ لهوٍ، ولم يَسْكَرْ وهو يعتَقِدُ تحليلَه، فشهادته جائزةٌ لمَّا لم يُوجَدْ منه ما يُوجِبُ الفِسْقَ ولا ترْكَ المروءةِ.

قال: ولا مَن يَلْعَبُ بالطُّيورِ[1].

لأنه فِعْلٌ مُستَخَفٌّ يُوجِبُ إسقاطَ المروءةِ، فإذا حسُن عندَه ارتكابُه لم يُؤْمَن أن يرتكِبَ الشهادةَ بما لا أصلَ له.

قال: ولا مَنْ يُغَنِّي للناسِ.

لأن ذلك يُسْقِطُ المروءةَ.

قال: ولا مَن يأتي بابًا مِن الكبائرِ التي يتعلَّقُ بها الحَدُّ[2].

لأن مَن يفعلُ ذلك يَفْسُقُ وتسقُطُ عدالتُه، والفاسِقُ لا تُقْبَلُ شهادتُه.

قال: ولا مَن يدْخُلُ الحمَّامَ بغيرِ إزارٍ[3]، أو[4] يأْكُلُ الرِّبا.

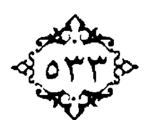
---

(١) قال في حاشية (ح): «في قوله: يلعب. إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته يستأنس بها أو يحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون حرامًا ولا تسقط عدالته، ذكره في المبسوط، وفي المغني لابن قدامة الحنبلي. وفي المبسوط: اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباحٌ، وكذا اتخاذ برج الحمام. كاكي». ينظر: «المبسوط» (١٦/ ١٣١، ١٣٢)، و«المغني» (١٤/ ١٥٦، ١٥٧).

(٢) في (ح): «الحدود».

(٣) في (س): «مئزر».

(٤) في (أ٢، ر، ش، ظ، ع، ل، ي): «و»، وفي (نسخة مختصر القدوري): «ولا من».



لأن كشفَ العورةِ محرَّمٌ، وكذا أكْلُ الرِّبا، فإذا ارتكَب ذلك فسَق فلم تُقْبَلَ شهادتُه.

قال: والمُقامِرِ بالنَّرْدِ والشِّطْرَنْجِ.

لأنـه إذا قامَـر بهـا فسَـق؛ لأن القِمارَ محرَّمٌ، وكذلك إن لـم يُقامِرْ بها، ولكن أَدْمَن عليها حتى يَتْرُكَ الصلاةَ.

فأما إذا لم يُقامِرْ بها ولا ترَك الصلاةَ بِلَعِبِها فشهادتُه جائزةٌ؛ لأن اللعبَ بها في نفْسِها ليس بفِسْقٍ، وهو مما يَسُوغُ فيه الاجتهادُ، وإنما الفِسْقُ معْنًى[1] آخرُ، وهو القِمارُ أو تَرْكُ الصلاة، فإذا لم يُوجَدْ ذلك لم يَمنَعِ الشهادةَ.

قال: ولا مَن يَفْعَلُ الأفعالَ المُسْتَخَفَّةَ؛ كالبَوْلِ على الطريقِ، والأكْلِ على الطريقِ[2].

لأن ذلك يُسْقِطُ المروءةَ، فإذا استَحْسَن ارتِكَابَه لم يُؤْمَنْ غيرُه مِن الشهادةِ بالزُّورِ وإن كان ممنُوعًا منه.

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ مَن يُظْهِرُ سَبَّ السلَفِ.

لأن ذلك فِسْقٌ أو هو مِن فِعْلِ السُّخَفاءِ، وشهادةُ مَن هو بهذه الصفةِ لا تُقْبَلُ، فأما إذا كان يعتَقِدُ ذلك ولكن لا يُظْهِرُه وهو عدْلٌ في أفعالِه فإنَّ شهادَتَه تُقْبَلُ.

---

(١) في (أ٢، ل): «بمعنى».

(٢) قال في حاشية (ح): «قال خلف بن أيوب: إذا قدم الأمير بلدة وذهب الناس وجلسوا في الطريق ينظرون، قال من ذهب لينظر إليه، فإنه لا تقبل له شهادة. نوازل».



قال: وتُقبَلُ شهادةُ أهلِ الأهواءِ إلَّا الخَطَّابِيَّةَ[1].

وذلك لأن الصحابةَ -رضي اللَّه تعالى عنهم- والتابعينَ قَبِل بعضُهم شهادةَ بعضٍ مع اختلافِهم.

وقد قال محمدٌ في الخوارجِ: ما لم يَخرُجوا إلى قتالِ أهلِ العَدْلِ فشهادتُهم جائزةٌ؛ لأنهم لم يُظهِروا مِن أنفسِهم الفِسْقَ وإنما اعتقَدُوه، فإذا قاتَلُوا فقد أَظْهَرُوا الفِسْقَ فلم تُقْبَلْ شهادتُهم[2].

وقولُ صاحبِ «الكتابِ»: أهلِ الأهواءِ. إنما أراد به الخوارجَ وغيرَهم لأن ما اعتقَدُوه إنما أَخَذوا به على طريقِ التشديدِ في الدِّينِ، وذلك لا يَمْنَعُ قبولَ الشهادةِ؛ لأن مَن هذا صورتُه لا يُقْدِمُ على الكَذِبِ، لا سِيَّما إذا اعتقَد أن الكَذِبَ شِرْكٌ، فيكونُ أبْعَدَ عن التهمةِ.

وأما قولُه: إلا الخطابية. فهم قومٌ يُنْسَبُون إلى أبي الخطَّابِ[3]، رجلٌ كان بالكوفةِ قتَله عيسى بنُ موسى وصلَبه بالكُنَاسَةِ[4]؛ لأنه كان يَزْعُمُ أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الإلهُ الأكبرُ، وجعفرَ الصادقَ الإلهُ الأصغرُ، وكانوا يعتقِدُون أن مَنِ ادَّعى منهم

(١) الخطابية: طائفة من غلاة الشيعة ينتسبون إلى أبي الخطاب محمد بن أبي زينب الأجدع مولى بني أسد، وهم يتدينون بشهادة الزور لموافقيهم. ينظر: «مقالات الإسلاميين» (١/ ٧٦-٧٨)، و«الملل والنحل» (١/ ٣٨٠).

(٢) ينظر: «التجريد» (١١/ ٥٥٦٠)، و«فتح القدير» (٧/ ٤١٦)، و«البحر الرائق» (٧/ ٩٣).

(٣) قال في حاشية (ح): «اسمه محمد بن وهب».

(٤) الكناسة: موضع بالكوفة عندها واقع يوسف بن عمر الثقفي زيد بن علي بن الحسين. ينظر: «معجم البلدان» (٤/ ٤٨١).



شيئًا على غيرِه يَجِبُ أن يَشْهَدَ له بَقِيةُ شيعتِه بذلك.

قال: وتُقْبَلُ شهادةُ أهلِ الذِّمَّةِ بعضِهم على بعضٍ، وإن اختَلَفَتْ مِلَلُهم.

وهو قولُ شُرَيْحٍ، والشعبيِّ، وعمرَ بنِ عبد العزيزِ، وابن شهابٍ، ويحيى ابنِ سعيدٍ(1).

قال الطحاويُّ: عن (2)ابنِ أبي عِمرانَ(2) قال: سمعتُ يحيى بنَ أكْثَمَ يقولُ: «ما وجدْتُ عن أحدٍ مِن المتقدِّمين أن شهادةَ النصارى بعضِهم على بعضٍ لا يجوزُ إلا ربيعةَ»(3).

وقال مالكٌ، والشافعيُّ: لا تَجوزُ(4).

لنا: حديثُ جابرٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبِل شهادةَ أربعةٍ مِن اليهودِ على

---

(1) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (10230، 10231، 10232، 15527)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (23322- 23324)، و«مشكل الآثار» (11/ 453، 454).

(2-2) في (أ2): «يحيى بن عمر»، وفي (ش): «ابن عمر»، وفي (ق): «يحيى بن أبي عمران». وابن أبي عمران، هو: أحمد بن أبي عمران موسى بن عيسى أبو جعفر البغدادي الفقيه الحنفي القاضي، أخذ عن بشر بن الوليد، وعلي بن الجعد، ومحمد بن سماعة، ومحمد بن الصباح، وجماعة، وعنه أبو جعفر الطحاوي، وجماعة. قال الخطيب البغدادي: كان مكينًا من العلم، حسن الدراية بألوان من العلم كثيرة، وكان ضرير البصر، وحدث بحديث كثيرة من حفظه، وكان ثقة، وكان قدم إلى مصر مع أبي أيوب صاحب خراج مصر، فأقام بمصر إلى أن توفِّي بها في المحرم سنة (280هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» (6/ 348)، و«تاريخ الإسلام» (6/ 503)، و«الفوائد البهية» (ص14).

(3) «مشكل الآثار» (11/ 455).

(4) ينظر: «المدونة» (4/ 21)، و«الجامع لمسائل المدونة» (22/ 371)، و«الحاوي» (17/ 61)، و«بحر المذهب» (14/ 149).



اليهوديَّيْنِ في الزِّنى ورجَمهما»[1]، ولأنه عدْلٌ في دينِه فجاز أن تُقْبَلَ شهادتُه كالمسلِمِ، ولأن مَن جاز أن تثْبُتَ له الولايةُ على غيرِه جاز أن تُقْبَلَ شهادتُه عليه، أصلُه المسلِمُ.

فإن قيل: مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه على المسلمِ لا تُقْبَلُ على الكافرِ، أصلُه الفاسِقُ.

قيل له: إنما لا تُقْبَلُ شهادتُه على المسلِمِ لأَجْلِ التهمةِ، ألا ترى أنهم يَسْتَحِلُّون دماءَنا وأموالَنا ولا يَلْحَقُهم تهمةٌ في حقِّ أهلِ ملَّتِهم، وليس إذا لم تُقْبَلِ الشهادةُ مع وجودِ التهمةِ يَجِبُ ألَّا نَقْبَلَها مع عدمِها، يُبَيِّنُ ذلك أن الفاسِقَ لمَّا حصلَتِ التهمةُ فيه في حقِّ المسلِمِ والكافرِ لم تُقْبَلْ شهادتُه في حقِّهما.

فإن قيل: لو كان المانِعُ مِن قَبولِ الشهادةِ على المسلِمِ التهمةَ التي ذكَرْتُموها وجَب ألَّا تُقْبَلَ شهادةُ اليهودِ على النصارى ولا النصارى على اليهودِ؛ لأن بعضَهم يَستَحِلُّ دمَ بعضٍ فالتهمةُ موجودةٌ.

قيل له: وإن كان كذلك إلا أن الكلَّ تَجمَعُهم الذِّمَّةُ، وإذلالُنا لهم، وعداوتُنا لهم، وذلك يقتَضِي اجتماعَهم على استحلالِهم لأموالِنا، ويَصِيرُ ذلك سببًا إلى التآلُفِ والمعاضَدةِ وهذا يَنْفِي التهمةَ.

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ الحَرْبِيِّ[2] على الذِّمِّيِّ.

وذلك لأن اختلافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ العِصْمةَ والموالاةَ كما يَقْطَعُ اختلافَ

---

(1) أخرجه أبو داود (٤٤٥٢)، والدارقطني (٤٣٥٠). وقال الدارقطني: «تفرَّد به مجالد، عن الشعبي، وليس بالقوي». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٨٥).

(2) قال في حاشية (ح): «أي: المستأمن».



الملَّتَيْنِ، فكما لا تُقْبَلُ شهادةُ المسلِمِ على الكافرِ، ولا شهادةُ الكافرِ على المسلمِ، كذلك لا تُقْبَلُ شهادةُ أهلِ دارِنا عليهم، ولا شهادتُهم على أهلِ دارِنا.

قال: وإن كانتِ الحسناتُ أَغْلَبَ مِن السيئاتِ، والرجلُ يَجْتَنِبُ الكبائرَ قُبِلتْ شهادتُه، وإن أَلَمَّ بمعصيةٍ.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ أنه قال في الرجلِ إذا كان الغالبُ على أفعالِه الخيرَ، وإنما تَنْدُرُ منه الصغائرُ ولا يُوجَدُ منه الكبائرُ: قُبِلتْ شهادتُه؛ لأن أحدًا لا يُمْكِنُه الامتناعُ مِن الذنوبِ إلا الأنبياءَ صلواتُ اللَّه عليهم أجمعينَ[1].

وهذا صحيحٌ؛ لأنا لو لم نَقْبَلْ إلا شهادةَ مَن لا ذنبَ له تعذَّر وجودُ ذلك، فيؤدِّي إلى بُطْلَانِ ما ندَب اللَّهُ تعالى إليه مِن استِشْهادِ العدُولِ ومَن يُرْضَى مِن الشهداءِ، فلمَّا كان ذلك اعْتُبِر مَن كان الغالبُ على أكثرِ أفعالِه الخيرَ واجتنابَ الكبائرِ.

قال: وتُقْبَلُ شهادةُ الأَقْلَفِ، والخَصِيِّ، وولدِ الزِّنى.

أما شهادةُ الأَقْلَفِ فلظاهِرِ الآيِ والأخبارِ، وقد رُوِي عن ابنِ عباسٍ: «لا تُقْبَلُ شهادةُ الأَقْلَفِ، ولا تُقْبَلُ صلاتُه، ولا تُؤْكَلُ ذبيحتُه»[2]، وهذا إنما أراد به المجوسيَّ بدليلِ أن تَرْكَ الختانِ لا يَمْنَعُ جوازَ الذبيحةِ، والمسلِمُ أيضًا إذا تَرك الختانَ

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ٣١١)، و«البحر الرائق» (٧/ ٩٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٧٩٩).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٤): «الأَقْلَف بفتح الهمزة، وسكون القاف، وفتح اللام، وآخره فاء، ويقال: الأغلف بالغين المعجمة: الذي لم يختن. والقُلفة والغُلفة بضم القاف، أو الغين: الجليدة التي يقطعها الخاتن من غلاف رأس الذكر».



استِخْفافًا بالدِّينِ لم تُقْبَلْ شهادتُه؛ لأنه مِن السننِ الظاهرةِ.

وأما الخَصِيُّ: فقد رُوِي: «أن عمرَ قَبِل شهادةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيِّ على قُدامةَ بنِ مظعونٍ»[1]، ولأنه مظلُومٌ بقَطْعِ ذلك، فصارَ كمَن قُطِعتْ يدُه.

وأما ولدُ الزِّنى: فلقولِه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. ولأن فِسْقَ أَبَوَيْهِ ليس بأكثرَ مِن كفرِهم، وكفرُهم لا يُؤثِّرُ في منْعِ قولِ الشهادةِ، كذلك فِسْقُهم.

وقد قال مالكٌ: لا تُقْبَلُ شهادتُه في الزِّنى للتهمةِ، ألا تَرى أنه يُؤْثِرُ أن يكونَ جميعُ الناسِ مثلَه[2].

وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأن مَن كان عدْلًا في دِينِه لا يَختارُ ذلك.

قال: وشهادةُ الخُنْثَى جائزةٌ[3].

لأنه لا يَخْلُو إما أن يكون رجلًا أو امرأةً، وأيُّ ذلك كان فقد دلَّ النصُّ على [4]جوازِ قبولِ شهادتِه[4].

قال: وإذا وافَقتِ الشهادةُ الدعوى قُبِلتْ، وإن خالَفَتْها لم تُقْبَل.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٨٠) من طريق ابن عون، عن ابن سيرين: أن عمر، فذكره. ينظر: «المحلى» (١١/ ١٤٨)، و«نصب الراية» (٤/ ٨٦).

والخصي: الذي سُلَّ أنثياه وبقي ذكره، فعيل بمعنى مفعول من الخصاء. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٧)، و«المغرب» (١/ ٤٠٩).

(٢) ينظر: «البيان والتحصيل» (١٦/ ٣٢٦)، و«التاج والإكليل» (٨/ ١٧٩).

(٣) في (ح): «تقبل شهادة الخنثى». وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٤-٤) في (أ٢): «جواز شهادته وقبولها»، وفي (ح، ش، ظ): «قبول شهادته».



والأصلُ في ذلك أن البينةَ التي تَقُومُ على حقوقِ الآدَمِيِّينَ لا تُقْبَلُ إلا بمدَّعٍ؛ لأنها حقٌّ له، وحقوقُ الإنسانِ تَقِفُ على مطالَبَتِه أو مطالبةِ مَن يَقُومُ مقامَه، فإذا خالَفتِ الشهادةُ الدعوى فلا مدَّعِي لها فلم تُقْبَلْ، والمعْتَبَرُ في ذلك اتِّفاقُ الدعوى والشهادةِ مِن طريقِ المعْنى لا مِن طريقِ اللفظِ، يُبَيِّنُ ذلك أن المدَّعِي يقولُ: أدَّعِي كذا. والشاهدُ يقولُ: أَشْهَدُ بكذا. فيَخْتَلِفُ اللفظُ ويتَّفِقُ المعْنى، فكلُّ موضعٍ أَمْكَن أن يُوفَّق بين الدعوى والشهادةِ لم تَبْطُلْ، وإن لم يُمْكِنْ أن يُوفَّق بينَهما بطَلَتْ.

قال: ويُعْتَبرُ اتِّفاقُ الشاهِدَيْنِ في اللفظِ والمعْنى عندَ أبي حنيفةَ، فإن شَهِد أحدُهما بألفٍ والآخَرُ بألفَيْنِ لم تُقْبَلِ الشهادةُ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُحْكَمُ له بألفٍ[1]. وهو قولُ الشافعيِّ، وزاد فقال: إن أراد ألفًا آخَرَ حلَف وكانت له[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن لفظَ الألفَيْنِ لا يُعَبَّرُ به عن الألْفِ، وكلُّ واحدٍ منها شاهِدٌ بجملةٍ لم يَشْهَدْ بها الآخَرُ فلا تثبُتُ واحدةٌ منهما، كما لو شَهِد أحدُهما بمئةِ دينارٍ والآخَرُ بألفِ درهمٍ.

فإن قيل: عددانِ لو أقرَّ بهما في مجلِسٍ واحدٍ ثبَت الأقلُّ منهما، فإذا شَهِد بكلٍّ واحدٍ منهما شاهدٌ وجَب أن يثبُتَ الأقلُّ، كما لو شَهِد أحدُهما بألفٍ والآخَرُ بألفٍ وخمسمئةٍ.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٢٦)، و«العناية» (٧/ ٤٣٦)، و«البناية» (٩/ ١٦٨).

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ١٢٩)، و«الحاوي» (٧/ ٧٧)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٦٠).

قيل له: المعْنى في الأصلِ أنهما اتَّفقا على لفظِ الألفِ وانفَرد أحدُهما بعددٍ آخَرَ عطَفه عليه فقُبل[1] ما اتَّفقا عليه، وفي مسألتِنا كلُّ واحدٍ منهما شَهِد بعدَدٍ غيرِ الآخَرِ، وإنما يتفقانِ في المعْنى لا في اللفظِ، فصار كما لو شَهِد أحدُهما بمئةِ درهمٍ والآخَرُ بعشرةِ دنانيرَ.

وأما قولُ الشافعيِّ: إن أراد المدَّعِي الألفَ الأخرى حلَف وأخَذ. فهو مَبْنِيٌّ على جوازِ القضاءِ بالشاهِدِ واليمينِ، فعندَ أصحابِنا: لا يَجوزُ[2]. وعندَ الشافعيِّ: يَجوزُ في الأموالِ خاصةً[3].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فخَصَّ الحكْمَ برجُلَيْنِ أو برجلٍ وامرأتَيْنِ عندَ عدمِ الرجلَيْنِ، وتخصيصُ الحكْمِ بالذِّكْرِ يدُلُّ على نفْيِ ما عداه، ولقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيِّنَةُ عَلَى المدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ»[4]. والألِفُ واللَّامُ للجنسِ فيقْتَضِي أن لا تكونَ بيِّنةٌ إلا في جَنْبَةِ المدَّعِي، ولا يَمِينَ إلا في جَنْبَةِ المدَّعَى عليه، وهذا يَنْفِي أن يكونَ شيءٌ مِن الأيمانِ في جَنْبَةِ المدعِي، ولقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «شَاهِداكَ أَوْ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذلِكَ»[5]. ولأنه حقٌّ مُدَّعًى

---

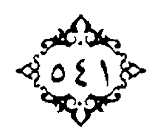
(١) في (أ٢، س، ش، ظ): «فيقبل».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٥)، وقال الجصاص: «فهذا مما لا يسوغ الاجتهاد فيه، لمخالفته الكتاب، والسنن الثابتة، فإن حكم به حاكم، ثُمَّ رفع إلى آخر أبطله». ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٨).

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٧٥)، و«الحاوي» (١٧/ ٦٨)، و«بحر المذهب» (١٤/ ١٥٢).

(٤) تقدَّم.

(٥) أخرجه البخاري (٢٥١٥)، ومسلم (١٣٨) عن ابن مسعود.



فلا يُقْضَى فيه بالشاهدِ واليمينِ، أصلُه الحدودُ، ولأن يَمِينَ المدَّعى قولُه[1] فلا يَستَحِقُّ به المالَ وإن انْضَمَّ إليه شهادةُ شاهِدٍ، أصلُه دَعْواهُ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه قضى بالشَّاهِدِ واليمين»[2]، ورُوِي: «أنه قضى بشاهدٍ ويمينِ الطالِبِ»[3].

قيل له: قال يَحيى بنُ مَعِينٍ، وعليُّ بنُ المَدِينِيِّ: لا يَصِحُّ خَبَرٌ عن رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في القضاءِ بشاهدٍ ويمينٍ، وهؤلاءِ وُجُوهُ أصحابِ الحديثِ، فوَجَب الرجوعُ إلى قولِهما.

وقد ذكَر محمدٌ في كتابِ «الردِّ على أهلِ المدينةِ» قال: قال الزهريُّ، وهو شيخُ أهلِ المدينةِ وفقيهُهم، وأهلُ المدينةِ لا يُنْكِرُون له ذلك: إن القضاءَ بالشاهدِ واليمينِ بدعةٌ، أوَّلُ مَن قضَى به معاويةُ[4].

ولو صحَّ هذا الخبرُ لم يُقَلْ فيه مِثْلُ هذا، على أنه خبرٌ واحدٌ يُخالِفُ ظاهِرَ القرآنِ فلا يَجوزُ قبولُه، وقد طُعِن أيضًا في راوِيهِ، ولو ثبَت احتَمَل أن يكونَ المرادُ به قضَى بالشاهدِ مرَّةً وباليمينِ أخرى، لِيُبيِّنَ أن الطريقَ الذي تثْبُتُ به الحقوقُ هذانِ الطريقانِ.

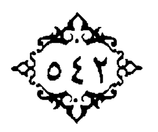
---

(١) في (ي): «قول».

(٢) أخرجه مسلم (١٧١٢) عن ابن عباس.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٧١) من طريق عبد اللَّه بن يزيد، مولى المنبعث، عن رجل من أهل مصر، عن سرق. قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣/ ٥٤): «ليس لسرق عند ابن ماجه سوى هذا الحديث، وليس له شيء في الخمسة الأصول، وإسناد حديثه ضعيف لجهالة تابعيه».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٨٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٥)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١١٢)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٢٥٥).



فأما الذي رُوِي: «أنه قضَى بشاهِدٍ ويمينِ الطالبِ». فلا يَصِحُّ أيضًا، على أنَّا لا نَعْلَمُ أنه قضَى بذلك في قصةٍ واحدةٍ، فيَحْتَمِلُ أن يكونَ ذلك في موضعٍ مخصوصٍ، وعندَنا يَجوزُ مثْلُ ذلك في موضعٍ مخصوصٍ، وهو إذا اشتَرى جاريةً فوجَد بها عيبًا لا يَطَّلِعُ عليه إلا النساءُ فشَهِدتْ به امرأةٌ واحدةٌ فإنه يثبُتُ، ثُمَّ يَحْلِفُ البائعُ: لقد بِعْتُ وسلَّمْتُ وما به هذا العيبُ. أو يُقِرُّ البائعُ بأن العيبَ كان بها، إلا أن المشتَرِيَ كان رَضِي به، فيَحْلِفُ المشتَرِي باللَّه: ما رَضِيتُ به بهذا العيبِ. ثُمَّ يُفْسَخُ فيكونُ هذا قضاءً بشاهِدٍ واحِدٍ ويَمِينِ الطالِبِ.

فإن قيل: أحدُ المتداعِيَيْنِ. فجاز أن يثْبُتَ اليمينُ في حقِّه كالمدَّعَى عليه.

قيل له: يقولُ بموجَبِه في الوَصِيِّ إذا ادَّعى ردَّ المالِ على اليتيمِ أو هلاكَه، وكذلك المودَعُ إذا ادَّعى هلاكَ الوديعةِ، ثُمَّ المدَّعَى عليه لمَّا ثبَت اليمينُ في حقِّه لم يَستَحِقَّ بها شيئًا وإنما دفَع بها دعوى المدَّعِي، فكذلك هاهنا يَجِبُ أن لا يَستَحِقَّ بها، وعندَهم يَستَحِقُّ بها المالَ، ثُمَّ اليمينُ لمَّا ثبتَتْ في جَنْبَةِ المدَّعَى عليه تعلَّق الحكْمُ بها مِن غيرِ اعتبارِ شيءٍ آخرَ يُضَمُّ إليها، فلو ثبتَتْ في جَنْبَةِ المدَّعِي وجَب أن يتعلَّقَ الحكْمُ بها مِن غيرِ اعتبارِ شيءٍ، يُبيِّنُ ذلك الأمينُ إذا ادَّعى هلاكَ الوديعةِ.

قال: وإن شَهِد أحدُهما بألْفٍ والآخَرُ بألْفٍ وخمسَمئةٍ، والمدَّعِي يدَّعِي ألفًا وخمسَمئةٍ قُبلتْ[1].

---

(١) بعده في (ض): «شهادتهما»، وبعده في (نسخة مختصر القدوري): «شهادتهما بألف»، وبعده في «الهداية» (٣/ ١٢٦)، و«العناية» (٧/ ٤٤٠)، و«البناية» (٩/ ١٧٠): «الشهادة على الألف».



وذلك لأنهما قد اتَّفقا على الشهادةِ بألْفٍ لفظًا ومعْنًى، واستأْنَف أحدُهما ذِكْرَ خمسمئةٍ أخرى فلا يَقْدَحُ ذلك في شهادتِه بالألْفِ، كما لو شَهِد بألْفِ درهمٍ ومئةِ دينارٍ وهو يدَّعِيهما فإن شهادتَه لا تَبْطُلُ، كذلك هذا.

وقد قالوا: لو ادَّعى على رجلٍ ألفَ درهمٍ فشَهِد له شاهِدانِ بألفٍ وخمسمئةٍ، فإن قال المدَّعِي: قد صدَق، كان لي عليه ذلك فأَبْرَأْتُه مِن خمسمئةٍ، أو قَضَانِيهِ. صحَّتِ الشهادةُ على ألفٍ، لأنه يُمْكِنُ أن يكونَ الأَمْرُ على ما قال، والشهادةُ يَجِبُ حمْلُها على الصحةِ ما أَمْكَن، وإن قال: لم يكن لي عليه قطُّ غيرُ الألفِ. لم تُقْبَلِ الشهادةُ؛ لأنه أكْذَب شهودَه فيما شَهِدُوا به، ولا تَصِحُّ الشهادةُ مع الإكْذابِ[1].

قال: وإذا شَهِدا بألفٍ، وقال أحدُهما: قضَاه منهما خمسَمئةٍ. قُبِلتْ شهادتُه بألفٍ، ولم يُسْمَعْ قولُه: إنه قَضَاهُ. إلَّا أن يَشْهَدَ معه آخرُ.

هذا هو المشهورُ، وعن أبي يوسفَ: أنه يَقْضِي بخمسمئةٍ[2].

وجْهُ قولِهم: أن الشهادةَ على الألفِ صحيحةٌ، والشهادةُ على القضاءِ شهادةٌ مُبتدَأةٌ انفرَد بها أحدُ الشاهِدَيْنِ فوجَب القضاءُ بما اتَّفقا عليه، كما لو شَهِد أحدُهما بالألفِ والآخَرُ بألفٍ وخمسمئةٍ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الذي شَهِد بالقضاءِ في مضمونِ شهادتِه أن لا دَينَ عليه إلا خمسُمئةٍ، فلا يَجوزُ أن يثبُتَ بشهادتِه أكثرُ مِن ذلك.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٥٥).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٢٦)، و«العناية» (٧/ ٤٤١)، و«البناية» (٩/ ١٧١).

ولو شَهِد له شاهِدانِ بألفٍ، وقال أحدُهما: إنه قد قضاه. فالمشهورُ عن أصحابِنا أنه يَقْضِي بجميعِ الألفِ، وعن زفَرَ: شهادةُ مَن شَهِد بالقضاءِ باطلةٌ، وعن أبي يوسفَ مثلُه[1].

وجْهُ قولِهم المشهورُ: ما بيَّنَّاهُ أنهما اتَّفقا على الألفِ وشَهِد الآخَرُ شهادةً مُبتدأةً فوجَب القضاءُ بما اتَّفقا عليه، كما لو شَهِد أحدُهما بألفٍ والآخَرُ بألفٍ وخمسِمئةٍ.

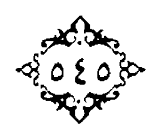
وجْهُ قولِ زفرَ: أن المشهودَ له قد أَكْذَب شاهدَ القضاءِ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه، كما لو اعْتَرَف بفِسْقِه.

قيل له: شهادتُه بالقضاءِ شهادةٌ أخرى، وإكْذابُه في إحدى الشهادتَيْنِ لا يُؤَثِّرُ في الأخرى، كما لو شَهِد له بألفٍ وشَهِد عليه بدَيْنٍ، فأَكْذَبه فيما شَهِد به عليه، فإنه لا يَمْنَعُ قبولَ شهادتِه له، ولا يُشْبِهُ إكذابُهما الإقرارَ بفِسْقِها، ألا ترى أن إكذابَهما لا يتضمَّنُ الفِسْقَ، لجوازِ أن يكونا غَلِطا أو نَسِيا.

قال: وينبغي للشاهِدِ إذا عَلِم ذلك ألَّا يَشْهَدَ بالألْفِ حتى يُقِرَّ المدَّعِي أنه قبَض خمسَمئةٍ.

وذلك لأنه لا يَخْلُو إما أن يَشْهَدَ له بخمسمئةٍ، وذلك لا يَجوزُ؛ لأنه يؤدِّي إلى اختلافِ لفظِ الشهادتَيْنِ فلا تُقْبَلُ الشهادةُ ويَبْطُلُ حقُّ صاحبِ الحقِّ، أو يَشْهَدَ بجميعِ الألْفِ ويَشْهَدَ بالقضاءِ، وذلك أيضًا لا يَجوزُ، لأن المالَ يثبُتُ

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٢٦)، و«العناية» (٧/ ٤٤٢)، و«البناية» (٩/ ١٧٢)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٣٢).



ولا يُقْبَلُ قولُه في القضاءِ فيؤدِّيَ إلى أن يَشْهَدَ بما ليس بحقٍّ، فلم يَبْقَ إلا ألَّا يَشْهَدَ حتى يُقِرَّ المدَّعِي بما قبَض لِيُؤْمَنَ مِن ذلك.

قال: وإذا شَهِد شاهدانِ أن زيدًا قُتِل يومَ النحْرِ بمكةَ، وشَهِد آخرانِ أنه قُتِل يومَ النحْرِ بالكوفةِ، واجْتَمَعُوا عندَ الحاكِمِ لم تُقْبَلِ[1] الشهادتَيْنِ.

وذلك لأنَّا تيقَّنَّا كَذِبَ أحدِهما، وليست واحدةٌ منهما بأَوْلى مِن الأخرى، فلم تُقْبَلِ الشهادتَيْنِ جميعًا.

قال: فإن سبقَتْ إحداهما فقضَى بها، ثُمَّ حضَرَتِ الأخرى لم تُقْبَلْ[2].

وذلك لأن الأُولى لمَّا حضرَتْ وحْدَها لم يُقْطَعْ بكذبِها، وكلُّ بَيِّنَةٍ لم يُقْطَعْ بكذبِها يَجوزُ قبولُها، فإذا قَبِلها الحاكمُ وقضَى بها، ثُمَّ حضرَتِ الأخرى لم يَحْكُمْ بها، لأن الحكْمَ بها يُنافِي الحكْمَ بالأُولى، وقد حكَمْنا بصحتِها في الظاهِرِ لمَّا حكَمْنا بها، ولم نتيقَّنْ كَذِبَها بحضورِ الأخرى فبَقِي الحكْمُ بها بحالِه.

قال: ولا يَسْمَعُ القاضِي الشهادةَ على جرْحٍ، ولا يَحْكُمُ بذلك[3].

وقال الشافعيُّ: يَسْمَعُ عليه البيِّنَةَ ويَحْكُمُ به[4].

والدليلُ على أنه لا يَسْمَعُ عليه البيِّنَةَ: أن الحكَّامَ مِن وقتِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) في (ش، ع، غ): «يقبل». (٢) رسم بغير نقط في (س، ض، ظ، غ، ي)، وفي (ش): «يقبل».

(٣) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٦٠)، و«المبسوط» (١٦/ ١١٦، ١٩٧)، (١٧/ ٣٧)، و«شرح أدب القاضي» (٣/ ١٥٨، ٣٤٣)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٦٩).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٢١)، (٧/ ٥٦)، و«مختصر المزني»/ (٨/ ٤٢١)، و«الحاوي» (١٦/ ١٩٢)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٨).

إلى يومِنا يَسأَلُون عن الشهودِ في السِّرِّ، ويَكْتَفُون بالإخبارِ عن أحوالِهم ولا يَسْمَعُون عليه، فلولا أنهم عرَفوا مِن[1] الشريعةِ أن البَيِّنَةَ لا تُسمَعُ على ذلك وإلا طلَبوها كما يَفْعَلُون في سائرِ الحقوقِ.

ولأن القاضِيَ مأمورٌ بالسترِ على المسلمِينَ وفي قبولِ البيِّنةِ على ذلك هتْكُ حُرمتِهم، ولأنه لو جاز سماعُ البيِّنةِ على ذلك لاعْتُبِر مدعًى عليه واعْتُبِر لفظُ الشهادةِ كما يُعْتَبَرُ في سائرِ الحقوقِ، فلما لم يُعْتَبَرْ ذلك دَلَّ على أن البينةَ لا تُسْمَعُ على ذلك.

وأما الدليلُ على أنه لا يَحْكُمُ به: هو أن المقصودَ بالحكْمِ التوثُّقُ، وليس للحاكِمِ أن يتوثَّقَ في إثباتِ الفِسْقِ، ولأن الحكْمَ بذلك لا فائدةَ فيه، ألا تَرى أنه إذا حكَم عليه أَمْكَنه إبطَالُ ذلك الحكْمِ في الحالِ بالتوبةِ[2]، فلا معْنى للحكْمِ بما يُمْكِنُ المحكُومُ عليه إبطالُه في الحالِ.

ولأن الفِسْقَ لا يُمْكِنُ الوصولُ إلى معرفتِه إلا مِن طريقِ الاجتهادِ، فإذا حكَم بعدالتِه، ثُمَّ تَبَيَّن أنه فاسِقٌ فقد انْتَقَل مِن اجتهادٍ إلى اجتهادٍ، فلا يَجوزُ أن يَفْسَخ ما مضَى من اجتهاده الأوَّلِ، وما حصَل في الحالِ يُمْكِنُ المحكومُ عليه إبطالَه فلا فائدةَ في الحكْمِ به.

فإن قيل: معْنًى يَمْنَعُ مِن قبولِ الشهادةِ فجاز الحكْمُ به وسماعُ البيِّنةِ عليه، أصلُه الكفْرُ والرِّقُّ.

قيل له: المعْنى في ذلك أنه يُمْكِنُ الوصولُ إلى حقيقتِه، فإذا حكَم به فليس

---

(١) في (ح، س): «عن»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) في (ح): «الثوبة»، ورسم بغير نقط في (ظ).



باجتهادٍ، وإنما هو حكْمٌ مقطوعٌ به ففيه فائدةٌ.

قال: ولا يَجوزُ للشاهِدِ أن يَشْهَدَ بشيءٍ لم يُعايِنْه إلَّا النسَبَ، والموتَ، والنكاحَ، والدخولَ، وولايةَ القاضِي، فإنه يَسَعُه أن يَشْهَد بهذه الأشياءِ إذا أَخْبَرَه بها مَن يَثِقُ به.

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، والقياسُ ألَّا تَجوزَ الشهادةُ.

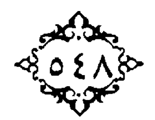
وجْهُ القياسِ: أن الشهادةَ مأخوذةٌ مِن المشاهَدةِ، ولأن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لابنِ عباسٍ: «إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ»[1]. فاعْتبَرَ المعايَنةَ، إلا أنهم استَحْسَنُوا في هذه الأشياءِ لأنه لا طريقَ إلى معرفتِها في الغالِبِ إلا الخبرُ، ألا ترى أنهم يَشْهَدُون على نسَبِ عليِّ بنِ أبي طالبٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ وعلى نسَبِ غيرِه مِن السلَفِ رضوانُ اللَّهِ تعالى عليهم، وعلى أن عائشةَ زوجُ النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنه كان قد دخَل بها، ولم يُشاهِدُوا ذلك.

ولأن العادةَ لم تَجْرِ أن الناسَ يَحْضُرُون الوِلادةَ، وإنما يَرَوْنَ الصَّبيَّ يَتْبَعُ أُمَّه ويُنْسَبُ إلى الأبِ فيُقال: ابنُ فلانٍ. وكذلك لا يَحْضُرُون عندَ الموتِ، وإنما يَحْضُرُه الأقاربُ، فإذا رأَوُا الجنازةَ والدفْنَ عَلِموا أن فلانًا قد مات.

وكذلك عقدُ النكاحِ لا يَحْضُرُه كلُّ أحدٍ، وإنما يُخْبِرُ بعضُهم بعضًا أن فلانًا قد تزوَّج، فيَقْتَصِرُون على ذلك في معرفتِه، والمهْرُ تابعٌ للنكاحِ، والدخولُ أيضًا لا يَحْضُرُه الشهودُ[2] وإنما يُعْرَفُ بأماراتِه.

(١) تقدَّم.

(٢) هنا يبدأ خرم في (ش) بمقدار وجه واحد، وينتهي بعد قول المصنف: «... إذا كانت الدارُ، أو الدابةُ».



وكذلك وِلايةُ القاضِي لم تَجْرِ العادةُ أن يَحْضُرَها الناسُ، ولكن إذا قُرِئ عهْدُ القاضِي وجلَس مجلِسَ الحكَّامِ ونظَر بينَ الخصومِ عَلِموا أنه قاضٍ، فلمَّا لم يكن إلى معرفةِ هذه الأشياءِ إلَّا هذا الطريقُ وَسِع مَن حصَل له ذلك أن يَشْهَدَ به وإن لم يُعايِنْه.

وذكَر في «الأصلِ»: أنه إذا سَمِع ذلك مِن واحدٍ ثقةٍ جاز أن يَشْهَدَ[1].

وذكَر بشرٌ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنه لا يَشْهَدُ حتى يَسمَعَ مِن جماعةٍ، وعن أبي يوسفَ: حتى يَسْمَعَ مِن عدْلَيْنِ.

قال الخصَّافُ: لا يَسَعُه أن يَشْهَدَ حتى يَسْمَعَ ذلك مِن العامَّةِ ويَظْهَرَ، فإذا تتابَعَتْ به الأخبارُ ووقَع في قلبِه تصديقُ ذلك وَسِعه أن يَشْهَدَ[2].

وقد قال أبو حنيفةَ: لو سمعتَ رجلًا يقولُ: أنا ابنُ فلانٍ. لم يَسَعْكَ أن تَشْهَدَ بنسَبِه، وإن طال مَقامُه معكَ، حتى تَسْمَعَ مِن العامَّةِ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن ما يَشْهَدُ به الإنسانُ إما أن يَعْلَمَه أو يَشْهَدَ به على شهادةِ غيرِه، وفي مسألتِنا ليس بشاهدٍ على شهادةِ غيرِه، فاعْتُبِر أن يَقَعَ له العِلْمُ بما يَشْهَدُ به، كالشهادةِ بالبيعِ.

وجْهُ روايةِ «الأصلِ»: أن ما جاز نقْلُه بالأخبارِ مِن غيرِ ذِكْرِ شهادةٍ لا يَفْتَقِرُ إلى عددٍ، كإخبارِ الرسولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (١١/ ٥٢٩).

(٢) ينظر: «شرح أدب القاضي» (٤/ ٢٨١، ٣٨٦).

(٣) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ١٠٣)، و«العناية» (٧/ ٣٩٠)، و«البناية» (٩/ ١٢٧).

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن شهادةَ العدْلَيْنِ يتعلَّق بها حكْمٌ، بدلالةِ أن الحاكِمَ يَجوزُ أن يَرْجِعَ إليها، فجاز له الشهادةُ لأجْلِ ذلك، والواحِدُ بخِلافِه.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: لا تَجوزُ الشهادةُ بالولاءِ إلا أن يَسْمَعا[1] العِتْقَ، هكذا ذكَر في «الأصل»، وفي روايةِ أبي حفصٍ، وهو قولُ أبي يوسف الأول، ثُمَّ رجَع، وقال: إذا شَهِدوا على ولاءٍ مشهورٍ جاز، وهو إحدى الروايتَيْنِ عن محمدٍ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن في إثباتِ الولاءِ إثباتَ العِتْقِ؛ لأنه مِن أحكامِه ومُعَلَّقٌ بصحتِه، والعِتْقُ لا يثبُتُ بالخبَرِ المستفيضِ، كذلك ما يتعلَّقُ به مِن الولاءِ، وليس كذلك النسَبُ؛ لأن النسَبَ يتعلَّقُ بالفِراشِ، والفراشُ يَصِحُّ ثبوتُه مِن جهةِ الاستفاضةِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه إذا اشتَهَر مثلُ قولِهم: عكرمةُ مولى ابنِ عباسٍ. جاز أن يُشْهَدَ به، لأنه قد صار بمنزلةِ النسَبِ، وقد دلَّ على ذلك قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَوْلَى القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»[3]. وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[3]. وهذا إنما يكونُ إذا كان المشهودُ بولائِه له أبوانِ أو ثلاثةٌ، فأما إذا كان المشهودُ بولائِه رجلٌ بعَيْنِه، لم يُسْمَعْ لِما فيه مِن إثباتِ العِتْقِ.

ولا تَجوزُ الشهادةُ بالوقفِ بالاستفاضةِ[4]، ....

---

(١) في (أ٢): «يسمع».

(٢) ينظر: «الأصل» (١١/ ٥٢٧)، و«المبسوط» (١٦/ ١٥١). (٣) تقدَّم.

(٤) في (أ٢): «على الاستفاضة». وينظر: «المبسوط» (١٦/ ١٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٦٧)، و«الهداية» (٣/ ١٢٠).

وقال مالكٌ: يَجوزُ[1]، وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ[2].

لنا: أنه إزالةُ ملْكٍ لا إلى مالكٍ فلا تُقْبَلُ فيه الشهادةُ بالاستفاضةِ، أصلُه العِتْقُ.

فإن قيل: الوقفُ تتعذَّرُ الشهادةُ به إذا تقادَم وماتَ الشهودُ فوجَب الرجوعُ إلى الخبَرِ.

قيل له: وإن تقادمَ العهدُ إلَّا أنه في يدِ إنسانٍ، فيُرجَعُ إلى قولِ مَن هو في يدِه، ويُمْكِنُ الإشهادُ على الشهودِ فيثبُتُ حينئذٍ بالشهادةِ على الشهادةِ، فلهذا لم يُقْبَلِ الخبرُ فيه.

وقد قال أصحابُنا: لا تَجوزُ الشهادةُ بالملْكِ بالاستفاضةِ[3]. وقال الشافعيُّ: يَجوزُ[4].

لنا: أنه ملْكٌ فلا يثبُتُ بالشهادةِ بالاستفاضةِ كالدَّيْنِ، ولأن الشهادةَ بالاستفاضةِ إنما لا تَجوزُ بالبيعِ والشراءِ، لأنه يُمْكِنُ مشاهدتُه ومعرفتُه ولا يتعذَّرُ ذلك في العادةِ، وهذا المعْنى موجودٌ في الملْكِ وهو مشاهدةُ اليدِ والتصرُّفِ.

فإن قيل: الملْكُ لا يُمْكِنُ معرفتُه حقيقةً فوجَب الرجوعُ إلى الخبَرِ.

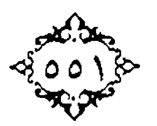
---

(١) ينظر: «مواهب الجليل» (٦/ ٢٩)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (٧/ ٨٨)، و«الشرح الكبير» (٤/ ٨٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٣٥)، و«بحر المذهب» (١١/ ٥٥)، و«التهذيب» (٨/ ٢٢٥)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٦٧).

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ١٥٥)، و«المحيط البرهاني» (٨/ ٣٠٤).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٣٥)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٥)، و«التهذيب» (٨/ ٢٢٣)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٦٩).



قيل له: ولكن معرفةُ اليدِ والتصرُّفِ يُمْكِنُ معرفتُها حقيقةً، وهي التي تدُلُّ على الملْكِ، فوجَب اعتبارُ المشاهدةِ؛ لأنها لا تتعذَّرُ، وسقَط اعتبارُ الخبَرِ.

وقد ذكَر في «الجامعِ الصغيرِ» عن أبي حنيفةَ: إذا رأيتُ في يدِكَ شيئًا سِوَى العبدِ والأَمَةِ يَسَعُنِي أن أَشْهَدَ بذلك. وقال أبو يوسفَ: لا يُشْهَدُ بذلك حتى تقَع معرفتُه في قلبِك[1].

وذكر الخصَّافُ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: إذا كانت الدارُ، أو الدابةُ[2]، أو العبدُ في يدِ رجلٍ، وَسِعك أن تَشْهَدَ أن ذلك له وفي ملْكِه وإن لم تكن رأيتَه قبْلَ ذلك.

وكان أصحابُنا يقولون: يُعْتبَرُ اليدُ والتصرُّفُ.

أما اعتبارُ اليدِ: فلأن الظاهرَ أن ما في يدِ الإنسانِ له كما أن الظاهرَ أن ما اشتراه أو وَرِثه له، والمَرْجِعُ في الأملاكِ إلى الظاهرِ، فإذا حصَل جاز أن يُشْهَدَ به.

وجْهُ ما ذكَره أصحابُنا المتأخِّرُون: أن التصرُّفَ هو الذي يدُلُّ على الملْكِ، فأما الإمساكُ فقد يكونُ له وقد يكونُ لغيرِه، ولا يَجوزُ أن يُجْعَلَ سببًا في إثباتِ الملْكِ.

وأما أبو يوسفَ: فإنه اعْتبَرَ غَلبةَ الظنِّ، ويَجِبُ أن يكون هذا قولَ الجميعِ، لأن ظهورَ اليدِ يَجوزُ أن يدُلَّ على الملْكِ وعلى غيرِه، فمتى استُدِلَّ به على غيرِه

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (ص٣٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٦٧)، و«الهداية» (٣/ ١٢٠)، و«العناية» (٧/ ٣٩٣).

(٢) هنا ينتهي الخرم المشار إليه آنفًا في (ش) والذي استوعب وجهًا، وبدأ بعد قول المصنف: «والدخولُ أيضًا لا يَحْضُرُه الشهودُ».

لم يَجُزْ أن يَشْهَدَ، والذي فرَّق في «الجامع» بينَ العبدِ وغيرِه فلأن العبدَ الكبيرَ لا يدَ عليه، والذي ذكَره الخصَّافُ محمولٌ على العبدِ الصغيرِ.

قال: والشهادةُ على الشهادةِ جائزةٌ في كلِّ حقٍّ لا يَسْقُطُ بالشبهةِ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ ألَّا يَجوزَ، لأن الشهادةَ عبادةٌ لَزِمتْ شاهدَ الأصلِ، وليست بحقٍّ للمشهودِ له، بدليلِ أنه لا يَجوزُ له الخصومةُ فيها والإجبارُ عليها، والشهادةُ لا تَصِحُّ على العبادةِ.

ولأن شاهدَ الأصلِ إنما قُبِلتْ شهادتُه؛ لأنه ينقُلُ الحقَّ الذي على المشهودِ عليه إلى القاضِي عندَ المطالبةِ، وشاهِدُ الفرْعِ ينقُلُ ما ليس بحقٍّ فلا يُقْبَلُ، إلا أنهم ترَكوا القياسَ للإجماعِ، وقد رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تَجوزُ على شهادةِ رجلٍ إلا شهادةُ رجلَيْنِ»[1]. وهذا لا يُعلَمُ إلا بالتوقيفِ.

قال: ولا تُقْبَلُ في الحدودِ والقِصاصِ[2].

وقال الشافعيُّ: تُقْبَلُ في القصاصِ وحدِّ القذْفِ، وفي بقيةِ الحدودِ قولانِ[3].

لنا: أنها قائمةٌ مقامَ الغيرِ فلا يثبُتُ بها الحدودُ والقصاصُ كالكتابةِ وشهادةِ النساءِ، ولأن القياسَ يَمْنَعُ جوازَ الشهادةِ على الشهادةِ؛ لأن الحضورَ عبادةٌ

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٨٧): «غريب». وأخرج عبد الرزاق (١٥٤٥٠) عن علي قال: «لا تَجُوزُ على شهادةِ الميِّتِ إلَّا رجلانِ».

(٢) ينظر: «الأصل» (١١/ ٥٠٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٢٧٣)، (٦/ ٢٩٣)، (٨/ ٤٥، ٩٥)، و«التجريد» (٩/ ٤٣٧٢).

(٣) ينظر: الأم (٧/ ٥٣)، ومختصر المزني (٨/ ٤٢٠)، و«الحاوي» (١٧/ ٢١٩)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٩).

وجبتْ على شاهدِ الأصلِ، والعباداتُ لا يَجوزُ الإشهادُ عليها كالصلاةِ والصومِ، وإنما تركنا القياسَ للإجماعِ، والإجماعُ حصَل فيما سِوى الحدودِ والقِصاصِ، والباقي على أصلِ القياسِ.

فإن قيل: ما ثبَت بالشهادةِ ثبَت بالشهادةِ على الشهادةِ، أصلُه الدُّيونُ.

قيل له: الديونُ يَجوزُ إثباتُها بالكتابةِ فجاز بالشهادةِ على الشهادةِ، والقصاصُ والحدودُ بخلافِه، وإن شِئتَ قلتَ: تُقبَلُ فيه[1] شهادةُ النساءِ مع الرجالِ، والقِصاصُ بخلافِه.

قال: وتَجوزُ شهادةُ شاهِدَيْنِ على شهادةِ شاهِدَيْنِ.

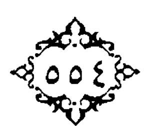
وقال الشافعيُّ: لا تَجوزُ، ويُعْتَبَرُ أن يكونَ شهودُ الفرعِ أربعةً على كلِّ واحدٍ مِن شاهِدَي الأصلِ اثنان[2].

لنا: أن شهودَ الفرعِ ينقُلُون قولَ شهودِ الأصلِ، وقولُ اثنَيْنِ يَجوزُ أن يَنقُلَه إلى القاضِي اثنانِ، كما لو شَهِد اثنانِ على إقرارِ رجلَيْنِ، ولأن الاستحقاقَ يتعلَّقُ بشهادةِ شهودِ الأصلِ، وكلُّ قولٍ يتعلَّقُ به الاستحقاقُ يَجوزُ أن يُنقَلَ إلى القاضِي باثنَيْنِ، أصلُه الإقرارُ.

فإن قيل: إذا شَهِدُوا على أحدِ شهودِ الأصلِ تمَّتْ شهادةُ شاهدِ الأصلِ وقاما مقامَه، وشاهِدُ الأصلِ لو حضَر وشَهِد لم يَجُزْ أن يَشْهَدَ على شهادتِه

(١) ليس في (أ٢)، وفي (ل): «في».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٥٠)، و«الحاوي» (١٧/ ٢٣١)، و«المهذب» (٣/ ٤٦٠)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٩٣).



غيرُه، كذلك مَن قام مقامَه.

قيل له: إذا حضَر شاهدُ الأصلِ إنما لا تُقْبَلُ شهادتُه على غيرِه حتى تَتِمَّ الشهادةُ، لِما يُؤدِّي إليه مِن اجتماعِ البدَلِ والمبدَلِ، وذلك لا يُوجَدُ في مسألتِنا.

قال: ولا تُقْبَلُ شهادةُ واحدٍ على[1] واحدٍ.

وقال ابنُ أبي ليلى، وأحمدُ، والأوزاعيُّ: يَجوزُ[2].

لنا: ما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لا تجوزُ على شهادةِ رجلٍ إلا شهادةُ رجلَيْنِ»[3]. وهذا لا يُعْلَمُ إلا مِن جهةِ التوقيفِ.

ولأنه نقْلُ قولِ الغيرِ إلى القاضِي فلا يَصِحُّ بواحدٍ كالإقرارِ، والمخالِفُ اعْتَبَر ذلك بالأخبارِ، ويَجوزُ عندَنا إثباتُ ذلك برجلٍ وامرأتَيْنِ كسائرِ الحقوقِ وقد مضَى.

قال: وصفةُ الإشهادِ أن يقولَ شاهِدُ الأصلِ لشاهِدِ الفرْعِ: اشْهَدْ على شهادَتِي: أنِّي أَشْهَدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندي بكذا، وأشْهَدَنِي على نفسِه. وإن لم يَقُلْ: وأَشْهَدَنِي على نفْسِه. جاز.

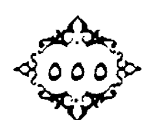
وهذا صحيحٌ، لأن قولَه: اشْهَدْ. شرْطٌ لِما بيَّنَّا أنه لا يَجوزُ للشاهِدِ أن يَشْهَدَ على شهادةِ غيرِه إلا أن يأْمُرَه بالإشهادِ عليه، بخلافِ الإقرارِ وما يثْبُتُ حكْمُه بنفْسِه.

---

(١) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «شهادة». وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٢٩)، و«العناية» (٧/ ٤٦٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٣٥)، و«البناية» (٩/ ١٨٧).

(٢) ينظر: «اختلاف الفقهاء» (ص ٥٥٩)، و«البناية» (٩/ ١٨٧).

(٣) تقدَّم.



وقولُه: على شهادتي. هو المعْنى الذي يَقَعُ عليه الشهادةُ، فلا بُدَّ مِن ذِكْرِه.

وقولُه: أني أشهد. لِيُعْلِمَ أن شاهدَ الأصلِ أَتى بلفظِ الشهادةِ في شهادتِه، ولولا ذلك لاحْتَمَل أن يكونَ شهِد بلفظِ العِلْمِ واليقينِ.

وأما قولُه بعد ذلك: وأشْهَدَنِي على نفسِه. فلا حاجةَ إليه لِما بيَّنَّا أن كلَّ ما يثبُتُ حكْمُه بنفْسِه يَجوزُ للشاهدِ أن يَشْهَدَ به وإن لم يَقُلْ له: اشْهَدْ. وإن ذكَر ذلك جاز، وكان تأكِيدًا للشهادةِ وزيادةً في الاحتياطِ حِينَ وُجِدتِ الشهادةُ بأَمْرِ المشهودِ عليه.

وذكر الحاكمُ الجليلُ رَحِمَهُ اللَّهُ[1] أنه يقولُ: أَشْهَدُ، وأُشْهِدُكَ على شهادَتِي بكذا. وهو قريبٌ مِن الأوَّلِ[2].

قال: ويقولُ شاهِدُ الفَرْعِ عندَ الأداءِ: أَشْهَدُ أن فلانًا أَشْهَدَنِي على شهادتِه أنه يَشْهَدُ أن فلانًا[3] أقرَّ عندَه[4] بكذا، وقال لي: اشْهَدْ على شهادَتِي بذلك.

قال الحاكمُ: يقولُ عندَ الأداءِ: أَشْهَدُ أن فلانًا شَهِد عندِي، وأَشْهَدَنِي على شهادتِه: أنه شَهِد بكذا وكذا[5].

وذكر الخصَّافُ: أنه يُكرِّرُ لفظَ الشهادةِ ثمانِي مراتٍ، فيقولُ: أَشْهَدُ أن فلانًا

---

(١) هو الحاكم الشهيد؛ محمد بن محمد بن أحمد، أبو الفضل المروزي، القاضي والوزير، وتقدَّمت ترجمته.

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨١)، و«المحيط البرهاني» (٨/ ٣٩٧)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٢١٣) وليس عندهم ذكر الحاكم.

(٣) في (ي): «فلان بن فلان».

(٤) في (أ٢، ر، س، ض، ظ، ع): «عندي».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع»(٦/ ٢٨٢)، و«المحيط البرهاني»(٨/ ٣٩٨)، و«العناية»(٧/ ٤٦٥).

أَشْهَدَنِي على شَهادَتِه أنه يَشْهَدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندَه، وأَشْهَده على نفْسه أن لفلانِ بنِ فلانٍ هذا عليه ألفَ درهمٍ، وقال لي: اشْهَدْ على شهادتي، أنِّي أَشْهَدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندي لفلانٍ بكذا[1].

ويُمْكِنُ الاقتصارُ مِن جميعِ ذلك على ثلاثِ لفظاتٍ، وهو أن يقولَ: أَشْهَدُ أن فلانًا أَشْهَدَنِي على شهادتِه أن فلانًا أقرَّ عندَه بكذا.

وما ذكَره صاحبُ «الكتابِ» أَوْلى وأَحْوَطُ، لأن قولَه: أَشْهَدُ. لا بُدَّ منه وهو لفظُ شهادتِه، ثُمَّ يُخْبِرُ بعْدَ ذلك بصفةِ ما يَقَعُ عليه شهادتُه وهو التحميلُ، وقد بيَّنَّا أن التحميلَ أن يقولَ: اشْهَدْ على شهادتي أنِّي أَشْهَدُ. فلا بُدَّ أن يأتِيَ شاهدُ الفرعِ بذكْرِ ذلك.

وقولُه: وقال لي: اشْهَدْ على شهادتي. هو شرطٌ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: إن لم يذْكُرْ ذلك جاز[2].

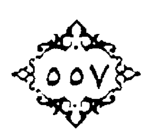
وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أنه إذا لم يَقُلْ: وقال لي: اشْهَدْ على شهادتي. احْتَمَل أن يكونَ أَمَرَهُ أن يَشْهَدَ بمثْلِ شهادتِه وذلك كَذِبٌ، ويَحْتَمِلُ أنه أَمَرَهُ على وجْهِ التحْمِيلِ، فلا يَجوزُ إثباتُه تَحْمِيلًا بالشَّكِّ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن أَمْرَ الشاهِدِ وقولَه محمولٌ على الصحةِ ما أَمْكَن، وأنه لا يَكْذِبُ، وليس ذلك إلا أن يُحْمَلَ على أنه أراد التحْمِيلَ فيَصِحَّ.

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني»(٨/ ٣٩٨)، و«البناية»(٩/ ١٨٨)، و«تبيين الحقائق»(٤/ ٢٣٩).

(٢) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ٤٠٠)، و«لسان الحكام» (ص ٢٤٨)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٣٩).



قال: ولا تُقبَلُ شهادةُ شهودِ الفَرْعِ إلا أن يَموتَ شهودُ الأصلِ، أو يَغِيبُوا مسيرةَ ثلاثةِ أيامٍ فصاعِدًا، أو يَمْرَضُوا مَرَضًا لا يستَطِيعُون حضورَ مجلِسِ الحاكِمِ.

وذلك لأن شهادةَ شهودِ الفرعِ قائمٌ مقامَ شهادةِ شهودِ الأصلِ وبدَلٌ عنها، والفرعُ لا يثبُتُ حكْمُه مع القدرةِ على الأصلِ، أصلُه سائرُ الأبدالِ، وهذا هو قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُقْبَلُ وإن كانوا في المِصْرِ؛ لأنهم يَنْقُلُون قولَهم فصار كنَقْلِ إقرارِهم[1].

قال: فإن عدَّل شهودُ الأصلِ شهودَ الفَرْعِ جاز.

وذلك لأنه إذا كان شاهدُ الفَرْعِ مِمَّن تَصِحُّ تزكيتُه فلا فرْقَ بينَ تزكيتِه وتزكيةِ غيرِه.

فإن قيل: شهادةُ نفْسِه لا تَصِحُّ إلا بتعديلِه فكان مُتَّهَمًا فيه.

قيل له: ما يُوجِبُ تصحيحَ شهادتِه لا يُوجِبُ التهمةَ، ألا ترى أن ذلك موجودٌ في ترْكِ فِسْقِه وموجودٌ في صلاحِه وعدالتِه، فيَجِبُ على قولِك ألَّا تُقْبَلَ شهادتُه، وكذلك لو شَهِد رجلانِ عندَ القاضِي بحقٍّ فعدَّل أحدَهما صاحبُه جاز، وإن كان في ذلك تصحيحُ شهادتِه، كذلك هذا.

قال: وإن سكَتوا عن تعديلِهم جاز، ونظَر القاضِي في حالِهم.

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٠)، و«العناية» (٧/ ٤٦٨)، و«البناية» (٩/ ١٩٠)، و«درر الحكام» (٢/ ٣٨٩).



وهذا الذي ذكره قولُ أبي يوسفَ، وقال محمدٌ: لا تُقْبَلُ الشهادةُ إذا لم يُعَدِّلاه[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن شهودَ الفرْعِ يَلْزَمُهم النقْلُ ولا يَلْزَمُهم التعديلُ؛ لأن ذلك قد يَخْفَى عليهم، فوجَب أن يُرجَعَ فيه إلى القاضِي كما يُرجَعُ إليه في تعديلِ شهودِ الفرعِ، ولأنهم نقَلوا قولَهم فكأنهم حضَرُوا وشَهِدوا، فيَسألُ القاضِي عنهم.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن نقْلَهم الشهادةَ يَحتاجُ إلى أن يَعْلَمُوا أنها شهادةٌ، وذلك لا يكونُ إلا بالعدالةِ، فإذا لم يَعْرِفُوا ذلك لم تَصِحَّ، كما لو شَهِدوا على مَن لا يَعْرِفون عقْلَه.

قال: وإن أنكَر شهودُ الأصلِ الشهادةَ لم تُقْبَلْ شهادةُ شهودِ الفَرْعِ.

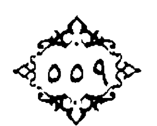
وذلك لِما بيَّنَّا أن الشهادةَ على الشهادةِ لا تَصِحُّ إلَّا أن تقولَ شهودُ الأصلِ لشهودِ الفَرْعِ: اشْهَدُوا على شهادتِنا. فإذا أَنْكَرُوا أصلَ الشهادةِ تضمَّن ذلك عدمَ الإذنِ في الإشهادِ فيُقْبَلُ قولُهم، ولا تَصِحُّ شهادةُ شهودِ الفرعِ.

قال: وقال أبو حنيفةَ في شاهِدِ الزُّورِ: أُشَهِّرُه في السوقِ ولا أُعزِّرُه. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: نوجِعُه[2] ضربًا ونحْبِسُه[3].

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٠)، و«العناية» (٧/ ٤٧٠)، و«البناية» (٩/ ١٩١).

(٢) رسم بغير نقط في (ح، ض)، وفي (ر، س، ش، ع، ل): «يوجعه».

(٣) رسم بغير نقط في (ح، ض)، في (ر، س، ش، ع، ل): «يحبسه». وينظر: «الهداية» (٣/ ١٣١)، و«العناية» (٧/ ٤٧٥)، و«البناية» (٩/ ١٩٦).



وهو قولُ الشافعيِّ[1].

فمِن أصحابنا مَن قال: لا خلافَ بينَهم في هذه المسألة؛ لأن أبا حنيفة أجاب في الشاهدِ إذا جاء ثانيًا لا يَستَحِقُّ التعزيرَ؛ لأن المقصودَ منه الزجْرُ وقد انزَجَر حين تاب، وهما أجابا في الذي لم يتُبْ وذلك يَستَحِقُّ التعزيرَ؛ لأنه أتى مُنْكَرًا ليس فيه حدٌّ مقدَّرٌ[2].

ومِن أصحابنا مَن قال: قولُ أبي حنيفةَ: لا يُعَزَّرُ. لأن إشهادَه في سوقِه تعزيرٌ، بل هو أشدُّ مِن الضرْبِ في بعضِ الناسِ.

وقد رُوِي: «أن شُرَيحًا كان إذا أَخَذ شاهدَ زُورٍ بعَث به إلى سوقِه إن كان سُوقِيًّا، أو إلى قومِه وقتَ اجتماعِهم بعدَ العصرِ، فيقولُ: إن شُريحًا يُقرِئُكم السلامَ ويقولُ: إنَّا وجَدْنا هذا شاهدَ زُورٍ فاحْذَرُوه وحذِّرُوا الناسَ منه»[3].

واعْتبَر أبو يوسفَ ومحمدٌ التعزيرَ والحبْسَ؛ لِما رُوِي: «أن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضرَب شاهدَ الزُّورِ وسخَّم وجْهَه»[4]، وهذا محمولٌ على أنه لم يَتُبْ.

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤١٠)، و«الحاوي» (١٦/ ٣١٩)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٧٢)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٤٤).

(٢) قال في حاشية (ح): «شاهد الزور إذا لم يكن عدلاً تقبل توبته، وإن كان عدلاً عند الناس لا تقبل توبته أبدًا. غنية».

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» كما في «نصب الراية» (٤/ ٨٨). وبنحوه أخرجه عبد الرزاق (١٥٣٩١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٥٣٩٢، ١٥٣٩٤)، وابن أبي شيبة (٢٩٢٣٧).

وسخم وجهه، أي: سوده، يقال: سخم وجهه ويسخم بالخاء والحاء، الأول من السخام وهو الفحم، وهو سواد القدر أيضًا، وشعر سخام، أي: أسود لين، والثاني من الأسحم وهو =

فإن قيل: فعَل فعْلًا مُنكَرًا ليس عليه حدٌّ مقدَّرٌ كما لو شتَم الناسَ.

قيل له: هناكَ قد أَلْحَق الضررَ بأعراضِهم ولم يَرْتَفِعْ فجاز أن يُعزَّرَ لأجْلِه، وفي مسألتِنا أَلْحَق الضررَ بالمالِ، فإذا تاب وضَمِن المال فقد زال الضرَرُ مع وجودِ التوبةِ فلا معْنى للعقوبةِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا قال المزكِّي: فلانٌ عدْلٌ. كفَى في التعْديلِ، وكذلك إذا قال: ما عَلِمْتُ منه إلا الخيرَ[1].

وقال الشافعيُّ: لا يُقْبَلُ حتى يَقُولَ: عَدْلٌ عليَّ وليَ[2].

لنا: ما رُوِي: «أن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سأل رجلًا عن رجلٍ؟ فقال: لا نَعْلَمُ منه إلا خيرًا. فقال حسْبُكَ»[3]. ولأن قولَه: عدْلٌ. يَجْمَعُ سائرَ أسبابِ العدالةِ، وما ذكَرُوه تقسيمٌ لِما يَشْتَمِلُ عليه اللفظُ، فلا يُحتاجُ إليه كما لا يُحتاجُ إلى ذِكْرِ غيرِه مِن صفاتِ العدالةِ.

فإن قيل: قولُه: عدْلٌ. محتَمِلٌ فيَحتاجُ إلى بيانٍ.

قيل له: بل هو مفسَّرٌ؛ لأن العدْلَ مَن يَجِبُ قبولُ قولِه ويُسْكَنُ إلى أمانتِه.

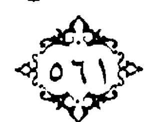
وقد قال أصحابُنا: يُستحَبُّ للمزكِّي إذا أراد الجرْحَ أن يقولَ: اللَّهُ أَعْلَمُ به. ولا يُبيِّنُ سببَ الجرْحِ، فإن بيَّن فقال: ليس بعَدْلٍ، أو هو فاسِقٌ. كفَى ولم يَقْبَلِ

الأسود، والسحمة السواد. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٣٣).

(١) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٤٦).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٢١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٠٨)، و«الحاوي» (١٦/ ١٩٤).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢١٦٦) من طريق وكيع، عن مسعر، عن حبيب.



القاضِي الشهادةَ[1].

وقال الخصَّافُ: إذا عدَّل القاضي[2] رجلًا لم يُقْبَلْ جرْحُه مُجْمَلًا حتى يُبَيِّنَ سببُ الجرْحِ.

وقال الشافعيُّ: لا يُقْبَلُ الجرْحُ حتى يُبَيَّنَ[3].

لنا: أن الواجِبَ السترُ على المسلِمِينَ إلا أن المزكِّي يَحتاجُ إلى ترْكِ التعديلِ كَيْلَا يَقْضِيَ القاضِي بشهادةِ مَن ليس بعدْلٍ، وهذا يَكْفِي فيه الإشارةُ والكنايةُ، وكذلك إذا قال: هو فاسِقٌ. فقد صرَّح بما يَقْدَحُ في شهادتِه.

فإن قيل: الناس يَخْتَلِفُون في التفسيقِ، فيَجوزُ أن يكونَ فِسْقًا عند المزكِّي، وليس بفِسْقٍ عندَ القاضِي، أو يكونَ عدْلًا عند المزكِّي ولا يكونَ كذلك عندَ القاضِي.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ؛ لأن الأمورَ التي تُؤَثِّرُ في الشهادةِ معروفةٌ، والواجِبُ حمْلُ أَمْرِ المزكِّي على الصحةِ كما يُحْمَلُ أَمْرُه في التعْديلِ، وأنه لا يَحْمِلُ القاضِيَ على ما ليس بسببٍ عندَه.

والله أعلم

---

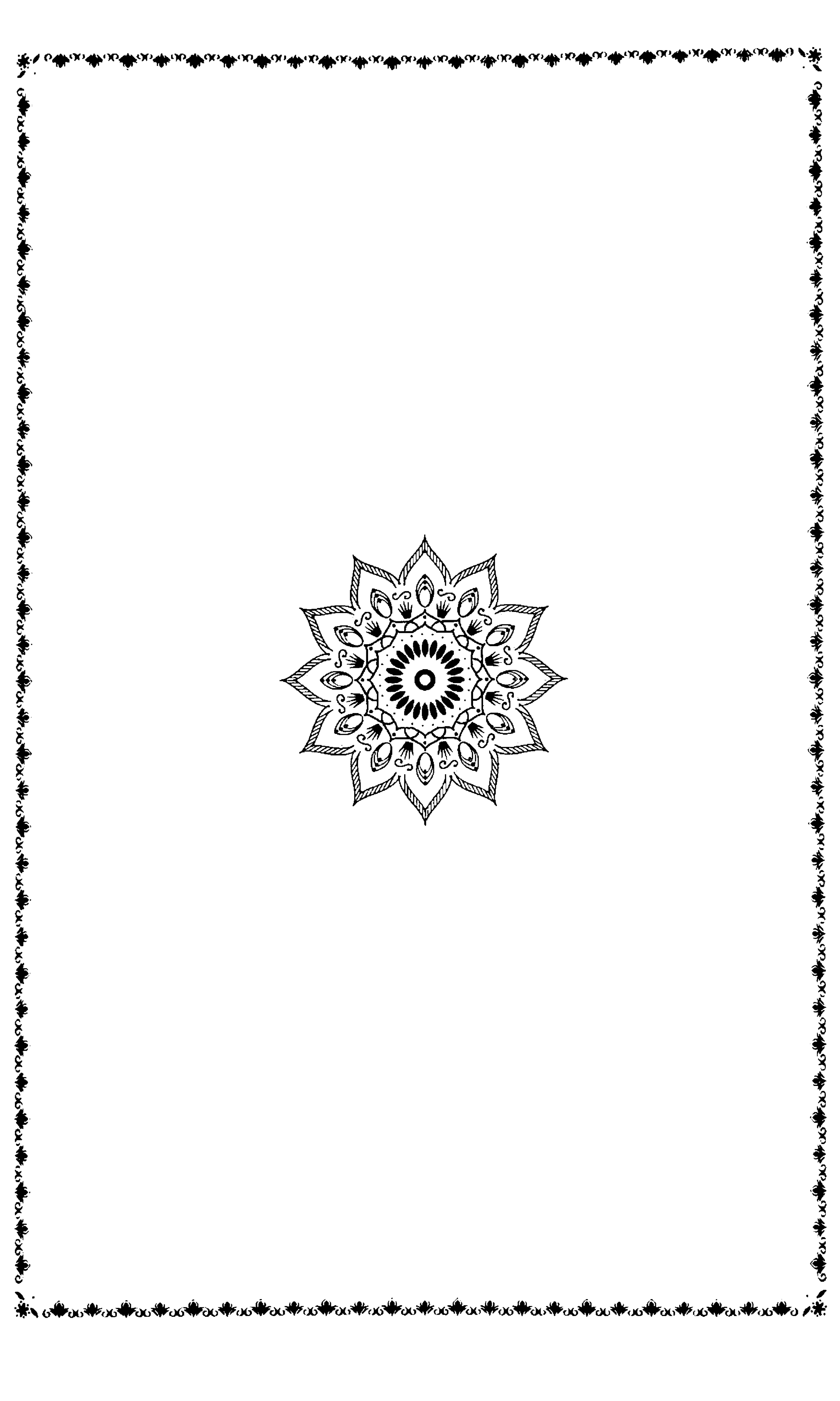
(١) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٤٧).

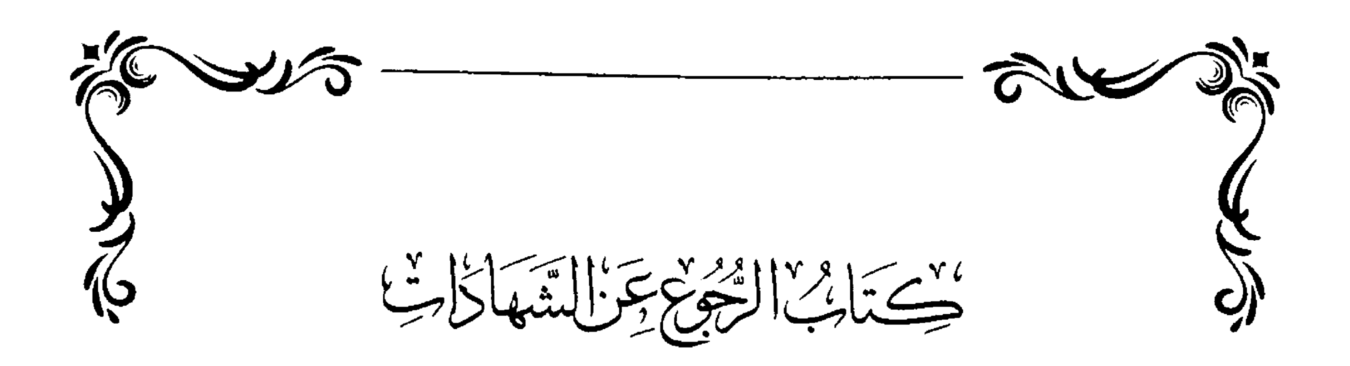
(٢) كذا في النسخ، وفي «التجريد»: «عند القاضي».

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٥٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٢١)، و«الحاوي» (١٧/ ٢٤٢)، و«المهذب» (٣/ ٣٨٧).



كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَاتِ





كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَاتِ

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا رجَع الشهودُ عن شهادتِهم قبْلَ الحكْمِ بها سقطَتْ.

وذلك لأن الشهادةَ لا يتعلَّقُ بها حكْمٌ حتى يَنضَمَّ إليها حكْمُ حاكِمٍ، فإذا رجَعُوا قبْلَ الحكْمِ صار وجودُها كعدمِها.

قال: وإن حُكِمَ بشهادتِهم، ثُمَّ رجَعُوا، لم يُفْسَخِ الحكْمُ.

وقال حمادُ بنُ أبي سليمانَ: إن كانت حالةُ الشاهِدِ أحسنَ مِمَّا كانت أوَّلًا يُفْسَخُ[1] حكْمُه[2].

لنا: أن الرجوعَ ليس بشهادةٍ بدليلِ أنه لا يُعْتبَرُ فيه لفظُ الشهادةِ، وما ليس بشهادةٍ لا يُفْسَخُ به حكْمُ الحاكِمِ، ولأنه لما أكْذَب نفْسَه صار ذلك مانِعًا مِن قبولِ شهادةٍ أخرى منه، كذلك أيضًا يُمْنَعُ مِن تصديقِه على إبطالِ حقِّ الغيرِ برجوعِه، وحمادٌ يقولُ: إذا كانت حالُه أحسنَ مِمَّا كان فالظاهِرُ أنه صادِقٌ فيُقْبَلُ قولُه.

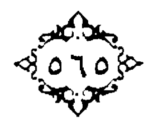
قال: ووجَب عليهم ضمانُ ما أَتْلَفُوه بشهادتِهم.

لأن شهادتَهم سببٌ في الإتلافِ، والإتلافُ إذا حصَل بسببٍ هو متعدٍّ فيه يَلْزَمُه به الضمانُ، أصلُه حافرُ البئرِ، وواضِعُ الحجَرِ.

---

(١) في (ح): «يفسخ».

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٤٣).



قال: ولا يَصِحُّ الرجوعُ إلا بحضْرَةِ الحاكِمِ.

وذلك لأن الرجوعَ وإن لم يكن شهادةً في نفسِه فقد أُجْرِي مُجْرَى الشهادةِ، والشهادةُ عندَ غيرِ القاضِي لا يتعلَّقُ بها حكْمٌ، كذلك ما أُجْرِي مجْرَى الشهادةِ.

قال: وإذا شَهِد شاهدانِ بمالٍ فحكَم الحاكِمُ به، ثُمَّ رجَعا ضَمِنا المالَ(١) (٢للمشهودِ عليه٢).

وقال الشافعيُّ في قولِه الجديدِ: لا ضمانَ عليهم(٣).

لنا: أنهم سببٌ في الإتلافِ على طريقِ التعدِّي، فجاز أن يَلْزَمَهم ضمانُ المالِ، أصلُه حافِرُ البئرِ، وواضِعُ الحجَرِ.

ولأنهم إذا رجَعوا عَلِمْنا أن المالَ سُلِّم إلى المقْضِيِّ له بغيرِ حقٍّ، وتسليمُ مالِ الغيرِ إلى غيرِ صاحبِه بغيرِ حقٍّ يُوجِبُ الضمانَ، وقد أَجْمَعْنا أنه لا يَجِبُ الضمانُ على القاضِي ولا على المقْضِيِّ له، فلم يَبْقَ إلا وجوبُه على الشهودِ، ولأنهم شَهِدُوا بإزالةِ ملْكٍ مقوَّمٍ، فإذا رجَعُوا ضَمِنُوا كما لو شَهِدُوا بالعِتْقِ.

فإن قيل: قد اجتَمَع في هذا الإتلافِ السببُ والمباشرةُ فسقَط حكمُ السببِ أصلُه الممْسِكُ، والقاتلُ، والحافرُ، والدافعُ(٤).

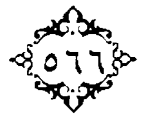
---

(١) بعده في (ح، ي): «المشهودَ به».

(٢-٢) ليس في (ح)، وفي (ل): «المشهود». وينظر: «الأصل» (١٢/ ١٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٨٤)، و«المبسوط» (١٦/ ١٨٦)، و«الهداية» (٣/ ١٣٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٢٦٧)، و«المهذب» (٣/ ٤٦٧)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٥٧).

(٤) قال في «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٧٥): «ولو حفر بئرًا في الطريق فجاء إنسان ودفع إنسانًا =



قيل له: هذا يُنتقَضُ بشهودِ القِصاصِ إذا رجَعُوا على أصلِهم، وبالمُحْرِمِ إذا أَمْسَك صيدًا حتى قتَله محْرِمٌ آخرُ.

فإن قيل: لم يُوجَدْ مِن الشهودِ إلا مجرَّدُ القولِ، ومجرَّدُ القولِ في ملْكِ الغيرِ لا يُوجِبُ الضمانَ.

قيل له: يَبْطُلُ بما إذا شَهِدوا بالعِتْقِ أو الطلاقِ، ثُمَّ رجَعُوا، على أن الشهودَ وُجِد مِن جِهتِهم إيجابُ الملْكِ للغيرِ فيتعلَّقُ الضمانُ بذلك لا بمجرَّدِ القولِ.

قال: وإن رجَع أحدُهما ضَمِن النصفَ.

لأن الشاهدَ الباقِيَ على الشهادةِ يَثْبُتُ[1] بشهادتِه نصفُ الحقِّ، والأصلُ في هذا أن أربعةً لو شَهِدوا على رجلٍ بمالٍ فقضَى به، ثُمَّ رجَع منهم اثنانِ لم يَلْزَمْهما ضمانٌ لما بَقِي على الشهادةِ مَن يثبُتُ بشهادتِه جميعُ المالِ، فكذلك في مسألتِنا لَمَّا بَقِي على الشهادةِ مَن يثبُتُ بشهادتِه نصفُ المالِ صار الراجِعُ مُتْلِفًا للنصفِ فلَزِمه ضمانُه.

قال: وإن شَهِد بالمالِ ثلاثةٌ فرجَع أحدُهم فلا ضمانَ عليه.

لِما بيَّنَّا أنه قد بَقِي على الشهادةِ مَن يثبُتُ بشهادتِه جميعُ المالِ، فلم يُوجَدْ مِن الراجِعِ إتلافٌ في الظاهرِ، فلم يَلْزَمْه ضمانٌ.

قال: فإن رجَع آخرُ ضَمِن الراجعانِ نصفَ المالِ.

وألقاه فيها، فالضمان على الدافع لا على الحافر؛ لأن الدافع قاتل مباشرة».

(١) ليس في (ر)، وفي (أ٢، ع): «ثبت»، ورسم بغير نقط في (ح، ض، ظ)، وفي (ي): «فتثبت».



وذلك لِما بيَّنَّا أن المعتبرَ بِمَن بَقِي على الشهادةِ، وقد بَقِي عليها مَن يثبُتُ بشهادتِه نصفُ الحقِّ فصار النصفُ مُتْلَفًا برجوعِ الراجعِ، وليس أحدُهما بأَوْلى مِن الآخَرِ فكان الضمانُ عليهما نصفانِ.

فإن قيل: لو قال الراجعُ الأوَّلُ كيفَ يَلْزَمُني الضمانُ برجوعِ غيرِي، وفي وقتِ رجوعي لم يَجِبْ عليَّ شيءٌ؟

قيل له: كما يَلْزَمُ الضمانُ جميعَ الشهودِ إذا رجَعُوا وهم ثلاثةٌ، وقال واحدٌ منهم: لو رجَعْتُ وحْدِي لم يَلْزَمْني؛ لأني ثالثُهم لم يُسْمَعْ قولُه، كذلك هذا.

قال: وإن شَهِد رجلٌ وامرأتانِ فرجَعَتِ امرأةٌ ضَمِنتْ ربُعَ الحقِّ، وإن رجَعتا ضَمِنتا نصفَ الحقِّ.

على ما بيَّنَّا أن المعتبرَ بقاءُ مَن بَقِي على شهادتِه، فإذا رجَعتِ امرأةٌ فقد بَقِي على الشهادةِ مَن يَثْبُتُ بشهادتِه (٢نصفُ الحقِّ فيكون المتْلَفُ على الراجعِ.

قال: وإن شَهِد رجلٌ وعشرُ نِسوةٍ، ثُمَّ رجَع ثمانيةٌ(١) فلا ضمانَ عليهنَّ.

لأنه قد بَقِي على الشهادةِ مَن يَثْبُتُ بشهادتِه٢) جميعُ الحقِّ فلا مُعْتَبَرَ بِمَن رجَع.

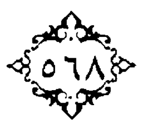
قال: فإن رجعَتْ أخرى كان على النسوةِ ربُعُ الحقِّ.

لأنه قد بَقِي على الشهادةِ مَن يثبُتُ بشهادتِه ثلاثةُ أرباعِ الحقِّ، فصار المتْلَفُ هو الربعَ فيَلْزَمُ مَن رجَع.

---

(١) كذا بالنسخ، وفي (نسخة مختصر القدوري): «ثمانٍ».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (غ).



قال: فإن رجَع الرجلُ والنساءُ فعلى الرجلِ سدسُ الحقِّ، وعلى النساءِ خمسةُ أسداسِه عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: على الرجلِ النصفُ، وعلى النسوةِ النصفُ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الشرعَ قد جعَل كلَّ امرأتَيْنِ بمنزلةِ رجلٍ فصار النسوةُ بمنزلةِ خمسةِ رجالٍ، ويكونُ هو السادسَ، ولو كانوا ستةَ رجالٍ فرجَعوا لَزِم كلَّ واحدٍ منهم السدسُ، كذلك هذا.

وجْهُ قولِهما: أن جميعَ النسوةِ قُمْنَ مقامَ رجلٍ، بدليلِ أنه لا تُقْبَلُ شهادتُهنَّ وحدَهنَّ كما لا تُقْبَلُ شهادةُ امرأتَيْنِ، وإذا كانوا كذلك صارُوا بمنزلةِ رجلَيْنِ، فيكونُ على الرجلِ النصفُ مِن الضمانِ.

وقد قال أصحابُنا: لو شَهِد رجلانِ وامرأةٌ بمالٍ فقُضِيَ به، ثُمَّ رجَع الرجلانِ، كان الضمانُ عليهما دُونَ المرأةِ؛ لأن امرأةً واحدةً لا تَجوزُ شهادتُها فصار وجودُها كعدمِها[2].

وقالوا: لو شَهِد رجلٌ وثلاثُ نسوةٍ فقُضِيَ به، ثُمَّ رجَع الرجلُ وامرأةٌ واحدةٌ[3]، لَزِم الرجلَ نصفُ المالِ، ولم يَلْزَمِ المرأةَ شيءٌ مِن الضمانِ في قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ على ما بيَّنَّا.

وقد ذكَر الشيخُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه ينبغي أن يكونَ الضمانُ بينَهما أثلاثًا على قولِ أبي حنيفةَ[4].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٣)، و«العناية» (٧/ ٤٨٥)، و«البناية» (٩/ ٢٠٥).

(٢) ينظر: «الأصل» (١٢/ ٥٣).

(٣) من (أ٢، س، ظ، ل).

(٤) ينظر: «الأصل» (١٢/ ١١)، و«المبسوط» (١٦/ ١٨٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٨).

قال: وإن شَهِد شاهدانِ على امرأةٍ بالنكاحِ بمقدارِ مهرِها[1]، ثُمَّ رجَعا فلا ضمانَ عليهما.

لأنهما لم يُتْلِفا عليها بشهادتِهما شيئًا، وكذلك لو شَهِدا بأقلَّ مِن مهرِها؛ لأن خروجَ البُضْعِ مِن ملْكِ المرأةِ لا قيمةَ له، بدليلِ أن امرأةً مريضةً لو زوَّجتْ نفْسَها بأقلَّ مِن مهْرِ مثلِها لم يَجِبْ لها كمالُ المهْرِ، ولا يكونُ بمنزلةِ ما لو باعتْ في مرَضِها شيئًا بأقلَّ مِن قيمتِه.

قال: وكذلك إن شَهِدا على رجلٍ بتزوُّجِ امرأةٍ بمقدارِ مهْرِ مثْلِها.

لأن البُضْعَ له قيمةٌ في دخولِه في ملْكِ الزوجِ، فقد أَخْرَجا مِن ملْكِه بشهادتِهما ما أَدْخَلا في مِلْكِه عِوَضًا بإزائه، فلم يُتْلِفا عليه شيئًا فلا يَجِبُ الضمانُ.

قال: وإن شَهِدا بأكثَرَ مِن مهْرِ المثْلِ، ثُمَّ رجَعا ضَمِنا الزيادةَ.

(٢لأنهما أَتْلفا عليه الزيادةَ حينَ أَخرجاها مِن ملْكِه ولم يُدْخِلا بإزائها شيئًا.

قال: وإن شَهِدا ببيعٍ بمثْلِ القيمةِ، ثُمَّ رجَعا لم يَضْمنا.

لأنهما لم يَخْرُجا مِن ملْكِه شيئًا إلا وقد حصَّلا له بإزائه مثلَه ولم يُتْلِفوا عليه شيئًا، والضمانُ إنما يَجِبُ لأجلِ الإتْلافِ.

قال: وإن كان بأقلَّ مِن القيمةِ، ثُمَّ رجَعا ضَمِنا النقصانَ٢).

---

(١) في: (نسخة مختصر القدوري): «مهر مثلها». وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٣٣)، و«العناية» (٧/ ٤٨٧)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٣٥)، و«البناية» (٩/ ٢٠٦).

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (غ).



لأنهما أَتْلفا عليه جُزءًا مِن المبيعِ مِن غيرِ حصولِ شيءٍ في مقابلتِه فلَزِمهم الضمانُ.

قال: وإن شَهِدا على رجلٍ أنه طلَّق امرأتَه قبْلَ الدخولِ، ثُمَّ رجَعا ضَمِنا نصفَ المهْرِ.

وذلك لأنهما قدَّرا عليه ضمانًا كان يَجوزُ أن يتخلَّص منه، ألا تَرى أن المرأةَ كان يَجوزُ أن ترتَدَّ أو تقْتُلَ ابنَ زوجِها فيَسْقُطَ عنه جميعُ المهْرِ، فلمَّا شَهِدا عليه بالطلاقِ قرَّرا عليه ما كان يَجوزُ أن يتخلَّصَ منه فلَزِمهم الضمانُ.

ويَجوزُ أن يُقال أيضًا: إن عندَنا الطلاقَ قبْلَ الدخولِ يُسْقِطُ جميعَ المهْر كهلاكِ المبيعِ قبْلَ القبْضِ المسْقِطِ للثمن[1]، وإنما يَجِبُ لها نصفُ المسمَّى ابتداءً على طريقِ المتعةِ، فهذا مالٌ أَلْزَمه الشاهدانِ لم يكن واجبًا عليه، فصار كأنهما شَهِدا عليه بمالٍ، ثُمَّ رجَعا فيَلْزَمُهما الضمانُ.

قال: فإن كان بعْدَ الدخولِ لم يَضْمَنا.

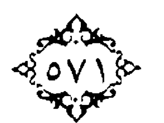
لأن شهادتَهما تضمَّنتْ خروجَ البُضْعِ مِن ملْكِه، وخروجُ البُضْعِ مِن ملْكِ الزوجِ لا قيمةَ له فلم يُتْلِفوا عليه بشهادتِهما ما لَه قيمةٌ، ولا قدَّرا عليه ضمانًا كان يَجوزُ أن يتخلَّصَ منه فلم يَلْزَمْهما شيءٌ.

وقد قال الشافعيُّ: عليهما الضمانُ أيضًا؛ لأن منافعَ البُضْعِ مُقوَّمةٌ[2]، فصار كما لو شَهِدا بعَيْنٍ[3].

---

(١) في (أ٢، س، ض، ل، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «الجميع الثمن».

(٢) في (أ٢، غ، ي): «متقوِّمة». (٣) «الحاوي» (١٧/ ٢٦٣)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٣٧٠).



قيل له: الأعيانُ مُقوَّمة[1] بأنفُسِها، ومَن أَتْلَف [2]ما هو مُقوَّمٌ في نفسه[2] ضَمِن، ومنافعُ البُضْعِ بخلافِ ذلك فلم يَلْزَمْهما شيءٌ.

قال: وإن شَهِدا أنه أَعْتَق عبدَه، ثُمَّ رجَعا ضَمِنا قيمتَه.

لأنهما أزالا ملْكَه عن رِقِّه مِن غيرِ عوضٍ فلَزِمهما الضمانُ لإتلافِهما، ويكونُ الوَلاءُ للمالِك؛ لأن العِتْقَ لا يَنْتَقِلُ إليهما بالضمانِ؛ لأنه مما لا يَلْحَقُه الفسْخُ.

قال: وإذا شَهِدا بقصاصٍ، ثُمَّ رجَعا بعْدَ القتْلِ ضَمِنا الدِّيَةَ ولا يُقْتَصُّ منهما[3].

وقال الشافعيُّ: يَجِبُ القِصاصُ على الشهودِ[4].

لنا: أن الشهودَ سببٌ في القتلِ، والقتلُ سببٌ يتعلَّقُ به الدِّيَةُ دُونَ القِصاصِ أصلُه حفْرُ البئرِ، ووضْعُ الحجَرِ، ولأنه شاركهما في القتْلِ مَن لا قَوَدَ عليه فلا يَلْزَمُهما القصاصُ، أصلُه الخاطِئُ والعامدُ.

فإن قيل: رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه شَهِد عندَه رجلانِ على رجلٍ بالسرقةِ فقطَع يدَه، ثُمَّ أَتَيا بعْدَ ذلك بآخرَ فقالا: أَوْهمنا[5] إنما السارقُ هذا. فقال لهما: لا أُصَدِّقُكما على هذا الآخرِ وأُضَمِّنُكما دِيَةَ الأوَّلِ، فلو أني أَعْلَمُ أنكما فعَلْتُما

---

(١) في (أ٢، غ، ي): «متقوِّمة».

(٢-٢) في (أ٢، غ): «ما هو متقوم في نفسه»، وفي (ي): «شيئًا متقومًا بنفسه».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٤)، و«العناية» (٧/ ٤٩٢)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٣٩).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٢٥٦)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٣٦٤)، و«التهذيب» (٧/ ٣٤١).

(٥) في (أ٢، ظ، غ، ي): «وهمنا»، والمثبت موافق لما في «الأصل» (١٢/ ٥)، و«المبسوط» (١٦/ ١٧٨)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٩٩).

ذلك عمْدًا قطَعْتُ أيدِيَكما»[1].

قيل له: هذا يَحْتَمِلُ: قطعتُ أيديَكما على وجْهِ الحدِّ، لمَّا صاروا عندَه مِمَّن يَسْعَى في الأرضِ بالفسادِ بالشهادةِ وتكرُّرِها منهما.

فإن قيل: إن الشهودَ بمنزلةِ المكْرَهِ على القتْلِ، والقِصاصُ يتعلَّقُ بالمكْرَهِ.

قيل له: بل هم سببٌ في الإتلافِ فهو كوضعِ الحجَرِ، وإذا ثبَت لنا أنه لا يَجِبُ القصاصُ وجبَتِ الدِّيَةُ لمَّا صار رجوعُهم شبهةً في سقوطِ القِصاصِ.

قال: وإذا رجَع شهودُ الفَرْعِ ضَمِنوا.

لأن الحكْمَ تعلَّق بالأداءِ وذلك حصَل مِن شهودِ الفرْعِ، فصار الإتلافُ موجِبًا بشهادتِهم فلَزِمهم الضمانُ.

قال: وإن رجَع شهودُ الأصلِ، أو[2] قالوا: لم نُشْهِدْ شهودَ الفَرْعِ على شهادتِنا. فلا ضمانَ عليهم.

وهذا الذي ذكَرُوه قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ.

وقال محمدٌ: يَضْمَنُون. وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ[3].

وجْهُ قولِهما: أن شهادةَ شهودِ الفَرْعِ تَجْعَلُ شهادةَ شهودِ الأصلِ شهادةً، فصار شهودُ الأصلِ سببًا فلا يَلْزَمُهم ضمانٌ كشهودِ الإحصانِ، ولا يُشْبِهُ هذا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٤٦٠، ١٨٤٦٢).

(٢) في (ع، ل، ونسخة مختصر القدوري): «و».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٤)، و«العناية» (٧/ ٤٩٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٣٩)، و«البناية» (٩/ ٢١٢).



المزكِّينَ؛ لأنهم جعَلوا شهادةَ الشهودِ شهادةً فصارُوا كشهودِ الفرْعِ في مسألتِنا.

ولأن شهودَ الأصلِ لم يُؤدُّوا إلى الحاكِمِ الشهادةَ ولم يُوجَدْ مِن جهتِهم غيرُ التعزيرِ لشهودِ الفرعِ، وهذا النوعُ مِن التعزيرِ لا يتعلَّقُ به ضمانٌ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الحاكمَ يحْكُمُ بشهادةِ شهودِ الأصلِ، وشهودُ الفرعِ آلةٌ في النقْلِ، وإذا وقَع القضاءُ بشهادتِهم لَزِمهم الضمانُ بالرجوعِ.

وأما إذا قالوا: لم نُشْهِدْ شهودَ الفَرْعِ على شهادتِنا. فلأن الضمانَ إنما يَجِبُ بالرجوعِ عن الشهادةِ ولم يُوجَدْ ذلك؛ لأنهم أنكروا نفْسَ الشهادةِ، فلم يُوجَدْ مِن جهتِهم سببٌ يُوجِبُ الضمانَ.

قال: وإن قالوا أَشْهَدْناهم وغَلِطْنا. ضَمِنوا.

لأنهم قد اعْتَرفوا بسببِ الضمانِ وأنه وُجِد مِن جهتِهم فلَزِمهم الضمانُ.

وقد قال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: إذا رجَع شهودُ الفرْعِ والأصلِ جميعًا فالضمانُ على شهودِ الفرْعِ خاصةً.

وقال محمدٌ: الخيارُ إلى المشهودِ عليه يُضمِّنُ أيَّهما شاء، بِناءً على المسألةِ الأُولى[1].

قال: وإن قال شهودُ الفرعِ: كذَب شهودُ الأصلِ، أو غَلِطوا في شهادتِهم. لم يُلْتَفَتْ إلى ذلك.

لأن القاضِيَ قد حكَم بتلك الشهادةِ، فلا يُقْبَلُ قولُهم في فسْخِ حكْمِه بدعواهمُ

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٤)، و«العناية» (٧/ ٤٩٦)، و«البناية» (٩/ ٢١٣).



الكَذِبَ على شهودِ الأصلِ، ولا ضمانَ على شهودِ الفرعِ لأنهما لم يَرْجِعا عن شهادتِهما وإنما ادَّعيا سببًا يُوجِبُ الضمانَ عليهما.

ولو قال شهودُ الفرْعِ: رجَعْنا عن شهادتِنا. وقال شهودُ الأصلِ: غَلِطْنا في شهادتِنا. كان الضمانُ على شهودِ الفرْعِ؛ لأنه[1] اجتَمَع سببانِ وشهودُ الفرعِ أخصُّ، ألا ترى أنهم الذين نقَلوا الشهادةَ إلى الحاكِمِ وألْزَمُوه الحكْمَ بها، فصار كالحافِرِ والدافِعِ.

قال: وإذا شَهِد أربعةٌ بالزِّنى، وشاهِدانِ بالإحصانِ، فرجَع شهودُ الإحصانِ لم يَضْمَنُوا[2].

وقال الشافعيُّ: إذا رجَع شهودُ الزِّنى والإحصانِ فالضمانُ عليهم أَسْداسًا[3].

وعندَنا: لا ضمانَ على شهودِ الإحصانِ بحالٍ، وذلك لأنهم لم يَشْهَدُوا بما يُوجِبُ التَّلَفَ ولا جعَلُوا شهادةَ شهودِ الزِّنى شهادةً بعْدَ أن لم تكُنْ شهادةً، فلم يَجُزْ أن يَلْزَمَهم ضمانٌ، كما لو شَهِدُوا بشرائطِ الإحصانِ قبْلَ الزِّنى، ثُمَّ ثبَت الزِّنى.

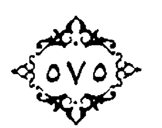
فإن قيل: التَّلَفُ حصَل بشهادةِ الجميعِ؛ لأن شهودَ الزِّنى لو انْفَرَدُوا لم يُرْجَمْ، وإذا حصَل التَّلَفُ بمجموعِ شهادتِهم وجَب الضمانُ عليهم كستةٍ شَهِدُوا بالزِّنى.

---

(١) هنا ينتهي الخرم المشار إليه آنفًا في المخطوط (أ) والذي بدأ في كتاب الدعوى عند قول الماتن: «فإن مات الولدُ فادَّعاه البائعُ...». وبعد قول الشارح: «فلم يَبْقَ إلا أن تُجْعَلَ واسطةً».

(٢) ينظر: «الأصل» (٧/ ١٤٧)، (١٢/ ٤٧)، و«التجريد» (١١/ ٥٩٤٣)، و«المبسوط» (٩/ ٤٦)، (١٧/ ٢٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٧).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٢٦٠)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٣٦٧).



قيل له: يَبْطُلُ بالشهادةِ على العِتْقِ إذا زنى المعْتِقُ فرُجِم، ثُمَّ رجَعوا، ولأن التلَفَ أَوْجَبه الزِّنى، والإحصانُ ليس بموجِبٍ للتلَفِ وإنما هو سببٌ، والسببُ الذي ليس بمُلْجِئٍ إذا اجْتَمَع مع المباشرةِ تعلَّق الضمانُ بالمباشرةِ دُونَ السببِ.

قال: وإذا رجَع المُزَكُّون عن التَّزْكِيةِ ضَمِنوا.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا ضمانَ عليهم[1].

وجْهُ أبي حنيفةَ: أن شهودَ التزكيةِ جعَلوا شهادةَ الشهودِ شهادةً، بدليلِ أنه لولا تزكيتُهم لم يتعلَّق بقولِهم حكْمٌ، فوجَب أن يتعلَّق بهم الضمانُ كما لو شَهِدوا بأنفسهم، ولا يُشْبِهُ هذا شهودَ الإحصانِ، لأنهم لم يَجْعَلُوا شهادةَ شهودِ الزِّنى شهادةً على ما بيَّنَّاه.

فإن قيل: الشهادةُ لا يتعلَّق بها حكْمٌ حتى يَحْكُمَ بها الحاكِمُ، ولا ضمانَ عليه.

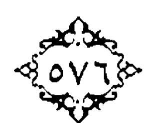
قيل له: الحاكمُ لا يَجوزُ أن يَلْزَمَه الضمانُ فيما يَحْكُمُ به، والشاهِدُ يَجوزُ أن يَلْزَمَه الضمانُ.

وجْهُ قولِهما: أن الحكمَ يتعلَّقُ بقولِ الشهودِ، ألا ترى أنهم صرَّحوا بالحقِّ، وشهودُ التزكيةِ لم يوجَدْ منهم شهادةٌ بالحقِّ وإنما هم سببٌ، فصارُوا كشهودِ الدخولِ في اليمينِ، وكشهودِ النسَبِ في الميراثِ، فلا يَلْزَمُهم ضمانُ ما لم يُوجِبوه بشهادتِهم.

قال: وإذا شَهِد شاهدانِ باليمينِ وشاهدانِ بوجودِ الشرطِ، ثُمَّ رجَعوا، فالضمانُ على شهودِ اليمينِ خاصةً.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٤)، و«العناية» (٧/ ٤٩٧)، و«البناية» (٩/ ٢١٤).



وذلك لأن شهودَ الدخولِ لم يَجْعَلُوا شهادةَ شهودِ اليمينِ شهادةً، بدليلِ أن القاضِيَ يَسْمَعُ الشهادةَ ويَحْكُمُ بها وإن لم يَشْهَدُوا بالدخولِ، وإذا لم يتعلَّق بشهادتِهم حقٌّ صارُوا كشهودِ الإحصانِ فلا يَلْزَمُهم الضمانُ.

وقد قالوا: لو شَهِد شاهدانِ أنه تزوَّج امرأةً بألفِ درهمٍ، فجحَد الزوجُ ومهْرُ مثْلِها خمسُمئةٍ، وشَهِد آخرانِ أنه طلَّقها قبْلَ الدخولِ فقضَى بذلك، ثُمَّ رجَعوا، فعلى شاهِدَيِ النكاحِ مئتانِ وخمسونَ، وعلى شاهِدَيِ الطلاقِ كذلك، وذلك لأن شهودَ النكاحِ شَهِدُوا بأكثرَ مِن مهْرِ المثْلِ، فألْزَمُوا الزوجَ خمسَمئةِ درهمٍ وليس في مقابلتِها شيءٌ فيَلْزَمُهم الضمانُ، فلمَّا وقَع الطلاقُ بشهادةِ الآخَرِينَ قبْلَ الدخولِ سقَط عن الزوجِ نصفُ المهْرِ، فسقَط عن شاهدِ النكاحِ نصفُ الضمانِ.

فأما شهودُ الطلاقِ فقد بيَّنَّا أنهم قرَّرُوا على الزوجِ نصفَ الصداقِ مع جوازِ أنه كان يتخلَّصُ منه فلَزِمهم الضمانُ، إلا أنه قد سَلِم للزوجِ مئتان وخمسون مِن جهةِ شهودِ النكاحِ فسقَط ذلك عن شهودِ الطلاقِ.

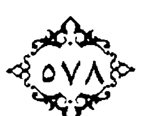
ولو شَهِد آخرانِ بالدخولِ فالمسألةُ بحالِها، ثُمَّ رجَعوا فعلى شاهِدَيِ النكاحِ خمسُمئةٍ، وهو الفضلُ عن مهْرِ المثْلِ، وعلى شاهِدَيِ الدخولِ ثلاثةُ أرباعِ الخمسِمئةِ الأخرى، وعلى شاهِدَيِ الطلاقِ ربعُها؛ لأن شاهِدَيِ النكاحِ أَتْلَفا على الزوجِ ما زاد على مهْرِ المثْلِ وعوَّضاه البُضْعَ عن الخمسِمئةِ الأخرى فغَرِما ما أَتْلَفاه، وشاهِدا الدخول قد انفَردا بإتلافِ مئتينِ وخمسينَ؛ لأنهما لو لم يَشْهَدا لَزِم شهودَ الطلاقِ قبْلَ الدخولِ نصفُ المهْرِ وهو مئتانِ وخمسون،



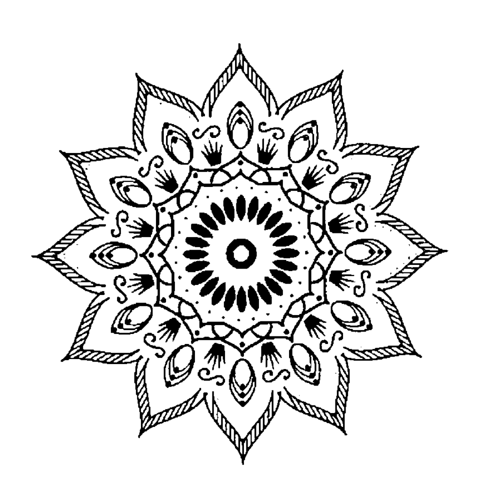
فقد قرَّرا على الزوجِ جميعَ المهْرِ، وكان يَجوزُ أن يتخلَّص منه، وشاركوا شهودَ الطلاقِ في إتلافِ مئتين وخمسينَ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما قد قرَّر عليه ضمانَ هذه المئتين وخمسينَ مع جوازِ أن يتخلَّص منها فيكونُ بينَهما، فلهذا أَلْزَمهما ثلاثةَ أرباعِ خمسِمئةٍ[1].

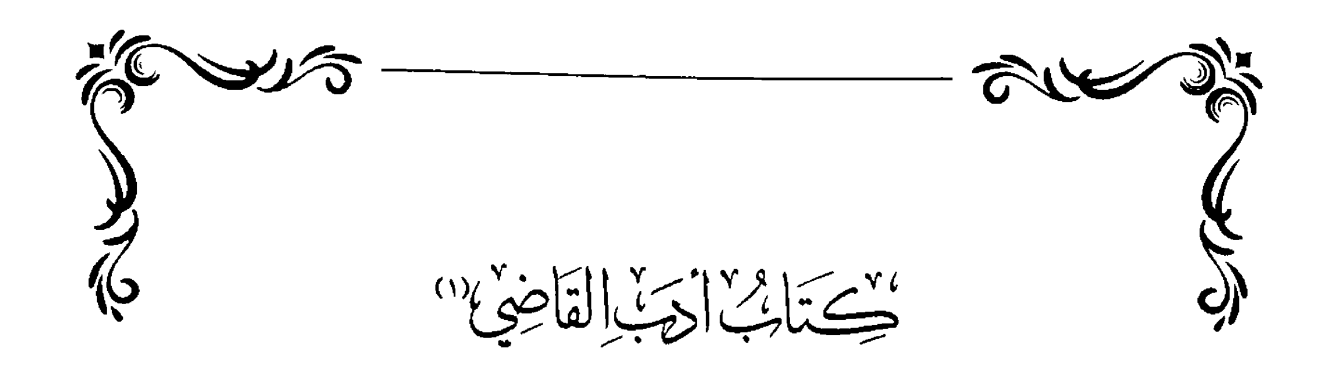
والله أعلم

(١) في (أ٢، ر، س، ض١، ق): «الخمسمئة».



كِتَابُ أَدَبِ القَاضِي





كتاب أدب القاضي(١)

القضاءُ يُعَبَّرُ به عن أمورٍ كثيرةٍ، والمرادُ به في الشرع: الإلزامُ.

قال ابنُ قتيبةَ في «مشكِلِ القرآنِ»: القضاءُ يُعَبَّرُ به عن معانٍ مختلفةٍ تَعُودُ كلُّها إلى معنًى واحدٍ، والأصلُ هو الحَتْمُ والفَراغُ مِن الأَمْرِ، وأُجْرِي على هذا جميعُ ما ذُكِر في القرآنِ مِن لفظِ القضاءِ(٢).

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ ولايةُ القضاءِ حتى يَجْتَمِعَ في المُوَلَّى شرائطُ الشهادةِ، ويكونَ مِن أهلِ الاجتهادِ.

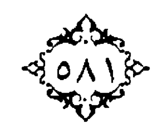
وذلك لأن الشهادةَ فرْعٌ مِن فروعِ القضاءِ، والقضاءُ ولايةٌ عامةٌ فما اعْتُبِر في

---

(١) في (أ، ج، ق، ي): «كتاب أدب القضاء».

(٢) ينظر: «تأويل مشكل القرآن» (ص٢٤٧، ٢٤٨).

وقال في حاشية (ح): «يكون بمعنى الأمر نحو: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾[الإسراء:٢٣]، وبمعنى الوحي نحو: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [الإسراء: ٤]، وبمعنى الوجوب نحو: ﴿فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَوْتَ﴾ [سبأ:١٤]، وبمعنى الأداء نحو: ﴿أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ﴾ [القصص: ٢٨] أي: أديت، وبمعنى الإنعام نحو [....]، وبمعنى الخلق نحو: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ﴾ [فصلت:١٢]، وبمعنى الحكم نحو: ﴿وَٱللَّهُ يَقْضِى بِٱلْحَقِّ﴾ [غافر:٢٠]، وبمعنى الموت نحو: ﴿فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥]، ﴿يَٰلَيْتَهَا كَانَتِ ٱلْقَاضِيَةَ﴾ [الحاقة: ٢٧] أي: المنية، ﴿فَمِنْهُم مَّن قَضَىٰ نَحْبَهُۥ﴾ [الأحزاب: ٢٣] أي: مات، وبمعنى الإرادة نحو: ﴿إِذَا قَضَىٰٓ أَمْرًا﴾ [آل عمران:٤٧]، وبمعنى العهد نحو: ﴿إِذْ قَضَيْنَآ إِلَىٰ مُوسَى ٱلْأَمْرَ﴾ [القصص:٤٤]».



الشاهدِ مِن الصفاتِ أَوْلى أن يُعتبَرَ في القاضي.

وأما كونُه مِن أهلِ الاجتهادِ، فلأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمَّا ولَّى مُعاذًا القضاءَ قال له: «بِمَ تَحْكُمُ؟» قال: بكتابِ اللَّهِ تعالى. قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟». قال: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ. قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ» قال: أَجْتَهِدُ رَأْيِي[1].

ولأنه إذا لم يَعْرِفِ الاجتهادَ جاز أن يَحْكُمَ بخلافِ النصِّ أو بخلافِ الإجماعِ، ومع كونه مجتهدًا يُؤْمَنُ ذلك، وإنما لم يَذْكُرْ معاذٌ الإجماعَ حينَ سأله النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الحكمِ؛ لأنه لم يكن إجماعٌ في زمنِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وقد ذكَر محمدٌ في «الأصلِ»: أن المقلِّدَ لا يَجوزُ أن يكونَ قاضِيًا[2].

وذكَر الخصَّافُ ما يدُلُّ على جوازِه[3].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[4].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٢، ٣٥٩٣)، والترمذي (١٣٢٧، ١٣٢٨). قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٥٣٤): «هذا الحديث كثيرًا ما يتكرر في كتب الفقهاء والأصول والمحدثين ويعتمدون عليه، وهو حديث ضعيف بإجماع أهل النقل، فيما أعلم». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٠٠١)، و«الأحكام الوسطى» (٣/ ٣٤٢)، و«العلل المتناهية» (٢/ ٧٥٨، ٧٥٩)، و«نصب الراية» (٤/ ٦٣)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٣٩٦)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٨٢، ١٨٣)، و«موافقة الخبر الخبر» (١/ ١١٨، ١١٩).

(٢) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٢٧)، و«الهداية» (٣/ ١٠١)، و«العناية» (٧/ ٢٥٦)، و«البناية» (٩/ ٤)، و«فتح القدير» (٧/ ٢٥٦)، و«كشف الأسرار على أصول البزدوي» (١/ ٦٠).

(٣) ينظر: «العناية» (٧/ ٢٥٦)، و«البناية» (٩/ ٤).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٦/ ١٥٩)، و«المهذب» (٣/ ٣٨٩)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٤٧٦)، =



والدليلُ على ما قاله الخصَّافُ: ما ذكَره الإمامُ أحمدُ بنُ حنبلٍ في «مسندِ عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ»، قال: «أَنْفَذَنِي رسولُ اللَّهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ إلى اليمنِ وأنا حديثُ السِّنِّ، فقلتُ: تُنْفِذُني إلى قومٍ يكونُ بينَهم أحداثٌ ولا عِلْمَ لي بالقضاءِ؟ فقال: «إِنَّ اللَّهَ تعالى سَيَهْدِي لِسَانَكَ وَيُثَبِّتُ قَلْبَكَ». فما شَكَكْتُ في قضاءٍ بينَ اثنينِ بعْدَ ذلك»[1]. فولَّاهُ ولم يكن مِن أهلِ الاجتهادِ، ولأن المقصودَ تنفيذُ الأحكامِ وإنصافُ المظلومِ، وذلك يُوجَدُ مِن المقلِّدِ كما يُوجَدُ مِن المجتهِدِ.

فإن قيل: ما لا يَجوزُ أن يكونَ مُفْتِيًا لا يَجوزُ أن يكونَ قاضِيًا كالفاسقِ.

قيل له: لا يَجوزُ أن يُفْتِيَ برأْيِه ولا يَقْضِيَ برأْيِه، ويَجوزُ أن يُفْتِيَ بما سَمِعه مِن العلماءِ [3]لِمَن[2] لم يَسْمَعْ منهم[3]، كذلك يَجوزُ أن يَقْضِيَ بما يَسْمَعُ منهم، ولا يَجوزُ أن يَقْضِيَ برأْيِه.

وقد قال أصحابُنا: يَجوزُ حكْمُ المرأةِ فيما تُقْبَلُ شهادتُها فيه[4]. وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[5].

و«روضة الطالبين» (١١/ ٩٨).

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٦٣٦، ٦٦٦)، والنسائي في «خصائص علي» (٣٢، ٣٦) بإسناد صحيح من طريق (سعيد بن فيروز، وحارثة بن مضرب)، عن علي. وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٦٠، ٦١)، و«البدر المنير» (٩/ ٥٣٠، ٥٣٤)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٨٢).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٥): «أَنْفَذَنِي: أرسلني وبعثني».

(٢) في (ظ): «وإن»، وفي (غ، ي): «فمن»، ووقع في «التجريد» (١٢/ ٦٥٢٨): «كمن».

(٣-٣) ليس في (ش).

(٤) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٣٢)، و«العناية» (٧/ ٢٩٧)، و«البناية» (٩/ ٤٦).

(٥) ينظر: «الحاوي» (١٦/ ١٥٦)، و«المهذب» (٣/ ٣٧٨)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٩٥).



لنا: أن المقصودَ وضعُ الأحكامِ موضِعَها، وإنصافُ المظلومِ مِن الظالمِ، وفصلُ التنازعِ، وهذا يُوجَدُ مِن المرأةِ كما يُوجَدُ مِن الرجلِ، ولأنها ولايةٌ خاصةٌ فجاز أن تتولَّاها المرأةُ كالوصيةِ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلِيَتْهُمُ[1] امْرَأَةٌ»[2].

قيل له: المرادُ به ولايةُ الإمامةِ، ولأنه يقتَضِي المنْعَ مِن ذلك، وولايةُ المرأةِ مكروهةٌ، وولايةُ الرجلِ أَوْلى.

([3]**فإن قيل**: لا يَجوزُ أن تَقْضِيَ في الحدودِ، فكذلك لا يَجوزُ في غيرِها كالفاسِقِ والأَعْمى.

قيل له: مثلُ هذا لا يَمْتَنِعُ، ألا ترى أنها لا تُقْبَلُ شهادتُها في الحدودِ، وإن جازتْ في غيرِها كذلك القضاءُ)[3].

قال: ولا بأسَ بالدخولِ في القضاءِ لِمَنْ يَثِقُ بنفسِه أنه يؤدِّي فرْضَه.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وقال تعالى لنبيِّنا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥]. ولأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَقْضِي بينَ الناسِ، وولَّى أصحابَه القضاءَ وأَنْفَذَهم إلى النواحِي، ولأنه أَمْرٌ بالمعروفِ

(١) في (غ): «وليهم»، وفي (ي): «يملكهم».

(٢) أخرجه البخاري (٤٤٢٥، ٧٠٩٩) من حديث أبي بكرة.

(٣) (،) ما بين القوسين ليس في (ظ).



ونَهْيٌ عن المنكَرِ، وإنصافُ المظلومِ، وهذا أَمْرٌ مستَحَبٌّ، بل واجبٌ، وكان أكثرُ السلَفِ يَكْرَهُون الدخولَ في القضاءِ.

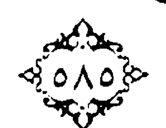
وقد رُوِي في ذلك أخبارٌ؛ منها ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنْ وَلِيَ القَضَاءَ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[1]. ورُوِيَ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يُؤْتَى بِالقَاضِي العَادِلِ يَوْمَ القِيَامَةِ ولِسَانُه بَيْنَ جَمْرَتَيْنِ، حَتَّى يَفْرُغَ اللَّهُ تعالى مِنْ حِسَابِ الخَلْقِ، في يَوْمٍ كَانَ مِقْدَارُهُ خَمْسِينَ أَلْفَ سَنَةٍ»[2].

وهذا محمولٌ على مَن لا يُمْكِنُه القيامُ به ويَضْعُفُ عنه، فيؤدِّي إلى تضييعِ الأحكامِ، يُبيِّنُ ذلك أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَّى عليَّ بنَ أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧١، ٣٥٧٢)، والترمذي (١٣٢٥)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٩٢، ٥٨٩٥)، وابن ماجه (٢٣٠٨) من طريق سعيد المقبري، عن أبي هريرة. قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي أيضًا من غير هذا الوجه عن أبي هريرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

وقال في حاشية (ح): «قال الحافظ: ومعنى قوله: «ذبح بغير سكين». أن الذبح بالسكين يحصل به راحة الذبيحة بتعجيل إزهاق روحها، وإذا ذبح بغير سكين كان فيه تعذيب لها. «ترغيب». وقيل: معناه: تصدى لأمر لو وفَّاه حقه لأمات شهواته، وقهر نفسه، وصار كأنه ذبحها بغير سكين؛ لأن الذبح في العرف يكون بسكين فكأنه أهلك نفسه بغير سكين».

(٢) أخرجه أبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/ ٩)، والرافعي في «التدوين» (٣/ ٦١، ٦٢) من طريق الطنافسي، عن سهل أبي الحسن، عن يوسف بن أسباط، عن سفيان الثوري، عن المختار ابن فلفل، عن أنس قال: قال رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لسان القاضي بين جمرتين حتى يصير إلى الجنة أو النار». قال الرافعي: «تفرد به [الطنافسي] وهو من سؤالات قزوين من حديث سفيان لا يوجد إلا بهذا الإسناد». وقال المناوي في «فيض القدير» (٥/ ٢٦٤): «فيه يوسف بن أسباط، وقد تقدَّم عن جمع تضعيفه».



القضاءَ، ولو كان هذا الوعيدُ على الدخولِ فيه على الإطلاقِ لم يُولِّه، ومَن رُوِي عنه مِن السلَفِ كراهيةُ الدخولِ فيه فيَحْتَمِلُ أنهم لا يأْمَنُوا على أنفسهم مِن الضعفِ فيه، وامتنعوا لكونِ سلطانِ الوقتِ على غيرِ الحقِّ.

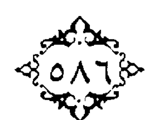
وقد قال أصحابُنا: إن القضاءَ فرضٌ على الكفايةِ يَجِبُ على كلِّ مَن يَصْلُحُ له الدخولُ فيه ما لم يَقُمْ به غيرُه، فإن قام به واحدٌ سقَط عن الباقِينَ؛ لأنه أمرٌ بالمعروف ونهيٌ عن المنكَر، وذلك فرضٌ على الكفايةِ[1].

قال: ويُكْرَهُ الدخولُ فيه لِمَن يَخافُ العجْزَ عنه، أو لا يأْمَنُ على نفْسِه الحَيفَ فيه.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ». ولِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ؛ قاضٍ فِي الْجَنَّةِ، وَقَاضِيَانِ فِي النَّارِ، فَالْقَاضِي الَّذِي فِي الْجَنَّةِ هُوَ الَّذِي يَقْضِي بعَدْلٍ فهو في الجنةِ، واللَّذانِ فِي النَّارِ فقَاضٍ قَضَى بِجَوْرٍ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ قَضَى بِغَيْرِ عِلْمٍ اسْتَحْيَا أَنْ يَسْأَلَ فَهُوَ فِي النَّارِ»[2]. فكُرِه لِمَنْ يَخافُ العجْزَ ولا يأْمَنُ على نفْسِه الدخولَ فيه لهذا الوعيدِ.

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٠١)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٨٢)، و«العناية» (٧/ ٢٦٠)، و«البناية» (٩/ ١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣)، والترمذي (١٣٢٢/ م)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٩١)، وابن ماجه (٢٣١٥) من حديث بريدة. قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٣٩١): «إسناده جيد». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٩/ ٥٥٢): «هذا الحديث صحيح».



قال: ولا يَنْبَغِي أن يَطْلُبَ الوِلايةَ ولا يَسْأَلَها.

وذلك لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنْ سَأَلَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ، ومَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَّلَ[1] اللَّهُ تعالى عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ»[2]. ولأن الطالبَ للقضاءِ الظاهرُ أنه يَطْلُبُه للدنيا وجَرِّ المنفعةِ وذلك منْهِيٌّ عنه، وإذا أُكْرِه على القضاءِ لا يُوجَدُ هذا المعْنى فيه.

قال: ومَن قُلِّد القضاءَ تَسَلَّم دِيوانَ القاضِي الذي قَبْلَه.

وذلك لأن ديوانَ القاضِي المقصودُ منه الحجةُ والوثيقةُ للناسِ، فيَجِبُ أن يكونَ في يدِ مَن ينْظُرُ في أمورِهم.

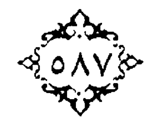
وقد قالوا: إن القاضِيَ المُولَّى يُنفِذُ برجلَيْنِ ثِقَتَيْنِ لِيتسلَّما الديوانَ مِن المعزولِ[3]، وهذا صحيحٌ؛ لأن المرجِعَ في ذلك إلى قولِه، وقولُ الإنسانِ لا يُنقَلُ إلى القاضِي بأقلَّ مِن اثنينِ.

(١) في (أ٢، ظ، ي): «أنزل»، وهو الموافق لما عند أبي داود، والترمذي، وفي (ظ): «ينزل». ولفظ ابن ماجه: «نزل إليه ملك فسدده».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٨)، والترمذي (١٣٢٣)، وابن ماجه (٢٣٠٩) من طريق إسرائيل، عن عبد الأعلى، عن بلال بن أبي موسى، عن أنس. وأخرجه الترمذي (١٣٢٤) من طريق أبي عوانة، عن عبد الأعلى الثعلبي، عن بلال بن مرداس الفزاري، عن خيثمة وهو البصري، عن أنس. قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، وهو أصح من حديث إسرائيل، عن عبد الأعلى». وينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٤٦، ٥٤٨)، و«نصب الراية» (٤/ ٦٨، ٦٩).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٥): «وُكِلَ إلى نفسه: بالبناء للمفعول، أي ألجاه أمر نفسه إليها، وكل من كان كذلك فقد هلك، إذ الباري سبحان هو القائم بأمر العباد».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٠٢)، و«المحيط البرهاني» (٨/ ٦٣)، و«البناية» (٩/ ١٦).



قال: ويَنْظُرُ في حالِ المُحَبَّسِينَ[(١)] فمَن اعْتَرف بحقٍّ أَلْزَمه إيَّاه، ومَن أنكر لم يُقْبَلْ قولُ المعزولِ عليه إلا ببيِّنةٍ.

وهذا صحيحٌ لأن الإنسانَ لا يُحْبَسُ إلا بحقٍّ فالظاهرُ أن القاضِيَ المعزولَ لم يَحْبِسْهم إلا بحقٍّ، فيَجِبُ أن يَسأَلَ عن ذلك، فمَن أقرَّ منهم به أَلْزَمه إيَّاه بإقرارِه، ومَن أنكَر لم يُسمعْ عليه قولُ المعزولِ؛ لأنه بالعزلِ صارَ كسائرِ الناسِ فلا يُقبَلُ قولُه على غيرِه بمجرَّدِه؛ لأنه مدَّعٍ لِما فعَله مِن الحبْسِ وأنه بِحَقٍّ والمحبوسُ منكِرٌ، فلا بُدَّ في ذلك مِن بينةٍ، ولا تُقبَلُ شهادتُه على فِعْلِ نفْسِه.

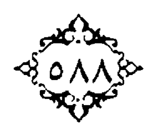
قال: فإن لم تَقُمْ بَيِّنةٌ لم يُعَجِّلْ[(٢)] بتَخْلِيتِه حتى يُنادِيَ عليه ويَسْتَظْهِرَ في أَمْرِه.

وذلك لأنه لا يأْمَنُ أن يكونَ له خصمٌ لا يَعْرِفُ جحودَه أو يكون له خصمٌ غائبٌ، فكان مِن الاستظهارِ أن يتقدَّم القاضِي حتى يُنادِيَ عليه في مجلِسِه أيَّامًا: مَن كان يُطالِبُ فلانَ بنَ فلانٍ الفلانيِّ المحبوسَ بحقٍّ فليَحْضُرْ. فإذا حضَر خصمٌ وادَّعى عليه حقًّا، وهو على جحودِه، طلَب بينةَ المدعِي، وابتدأ الحكْمَ بينَهم،

(١) في (ض، ظ، غ، ي، ونسخة مختصر القدوري): «المحبوسين»، وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٠٢)، و«العناية» (٧/ ٢٦٦)، و«البناية» (٩/ ١٧)، ووقع في «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٤١): «المسجونين».

قال النووي في تعليقه على متن «التنبيه» للشيرازي: «كان ينبغي أن يقول: المحبوسين. لأنه يقال: حبسته مخففًا فهو محبوس». ينظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٣٣٥)، وقال البعلي: «وكان حقه أن يقول: أمر المحبوسين. لكن إذا قصد التكثير شدد، فتقول: حبسته فهو محبس، ويكون التكثير تارة بحسب تعدد من حبس، وتارة بتكرر مدة الحبس». ينظر «المطلع» (ص٤٨٦).

(٢) في (أ٢): «يتعجل».



ولا يُقْبَلُ قولُ المعزولِ في ذلك، وإن لم يَحْضُرْ خصمٌ استَظْهَر في أمرِه وأخَذ منه كفيلًا بنفْسِه لجوازِ أن يكونَ له خصمٌ غائبٌ، فإذا استَظْهَر واستَوْثَق بذلك خلَّى سبيلَه.

قال: ويَنظُرُ في الودائعِ وارتفاعِ الوقوفِ[1] فيَعْمَلُ على ما تقومُ به البيِّنةُ أو يَعْتَرِفُ به مَن هو في يدِه.

وذلك لأن النظرَ في هذه الأشياءِ مردودٌ إلى قاضي المسلمينَ فإذا وَلِي لَزِمه النظرُ فيه، فيَعْمَلُ على ما تقومُ به البيِّنةُ أو يَعترِفُ به مَن هو في يدِه؛ لأنه أمينٌ والقولُ قولُ الأمينِ ما لم يُكذِّبْه الظاهِرُ.

قال: ولا يَقْبَلُ قولَ المعزولِ إلَّا أن يَعْتَرِفَ الذي في يدِه أن المعزولَ سلَّمها إليه فيَقْبَلُ قولَه فيها.

وذلك لأنه إذا اعْتَرف أن المعزولَ سلَّمها إليه، فقد اعْتَرف أن يدَه مستفادةٌ مِن جهتِه، فيُقْبَلُ قولُ المعزولِ في مستحِقِّها؛ لأن اليدَ له فكأنها في يدِه، فأما إذا لم يَعْتَرِفْ صاحبُ اليدِ بتسليمِ المعزولِ إليه فقولُه غيرُ مقبولٍ؛ لأنه مدَّعٍ بغيرِ حُجةٍ.

قال: ويَجْلِسُ للحكْمِ جلوسًا ظاهرًا في المسجدِ.

وقال الشافعيُّ: يُكْرَهُ القضاءُ في المسجدِ[2].

---

(١) أي: التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء. ينظر: «البناية» (٩/ ١٨)، وقال في «اللباب» (٤/ ٨٠): «وارتفاع الوقوف أي: غلاتها».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢١٤)، و«الحاوي» (١٦/ ٣٠)، و«المهذب» (٣/ ٣٨٣).



لنا: ما رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَجلسُ في المسجدِ وينظُرُ بينَ الخصومِ وفي مصالحِ المسلمينَ، وكذلك الأئمةُ بعْدَه.

قال الشعبيُّ: «رأيتُ عمرَ يَقْضِي في المسجدِ»[1].

وقال الحسنُ: «رأيتُ عثمانَ يَقْضِي في المسجدِ»[2].

ولأنه أمرٌ بالمعروف ونهيٌ عن المنكَرِ، وذلك لا يُكْرَهُ في المسجدِ، ولأنه لا يُكْرَهُ الاستخلافُ فيه فلا يُكْرَهُ أن يُعْتَمَدَ القضاءُ فيه كغيرِ المسجدِ.

فإن قيل: روَى عبدُ اللَّهِ بنُ بُريدةَ، عن أبيه: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمِع رجلًا يَنْشُدُ ضالَّةً في المسجدِ، فقال: «أَيُّهَا النَّاشِدُ لَا وَجَدْتَهَا أَبَدًا، إِنَّمَا بُنِيَ المَسْجِدُ لِذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ فِيهِ»[3].

قيل له: إنشادُ الضالَّةِ أمرٌ مباحٌ يُمْكِنُ خارجَ المسجدِ، والقضاءُ عبادةٌ، وقد بيَّن النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن المسجدَ بُنِي للعبادةِ، فذِكْرُ بعضِها يكونُ تَنْبِيهًا على بعضٍ.

فإن قيل الحكومةُ[4] يَحْضُرُها الجنبُ والحائضُ.

قيل له: أمورُ المسلِمينَ محمولةٌ على الصحةِ وأنهم لا يَدْخُلون المساجدَ على هذه الحالِ.

فإن قيل: فيتعذَّرُ على الحائضِ المحاكمةُ.

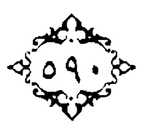
---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٦/ ٣١).

(٢) أخرجه ابن شبة في «تاريخ المدينة» (٣/ ١٠١٧).

(٣) أخرجه بنحوه مسلم (٥٦٩) من طريق سليمان بن بريدة، عن أبيه.

(٤) في (ح، ض): «الخصومة».



قيل له: يُمْكِنُ القاضِي أن يؤخِّرَ الحكمَ إلى حينِ قيامِه، أو يُفوِّضَ الأمرَ إلى غيرِه لِيَقْضِيَ بينهما.

وإنما قُلنا: يَجْلِسُ جلوسًا ظاهرًا لِيصلَ إليه جميعُ الناسِ على وجهٍ واحدٍ مِن غيرِ حجابٍ، ولا تقديمٍ ولا تأخيرٍ.

قال: ولا يَقْبَلُ هديَّةً إلا مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، أو مِمَّنْ جَرَتْ عادتُه قبْلَ القضاءِ بمُهاداتِه.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولَّى رجلًا ببعضِ النواحِي فلما عاد قال: هذا لكم وهذا لي أُهْدِي إليَّ. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلَّا قَعَدَ فِي بَيْتِ أُمِّهِ حَتَّى يُهْدَى إِلَيْهِ»[1].

ورُوِي: أن عمرَ بنَ الخطابِ ولَّى أبا هريرةَ موضِعًا، فلمَّا رجَع كان معه مالٌ، وقال: هذا أُهْدِي إليَّ. فقال عمرُ: «هلَّا قعَدْتَ في بيتِ أُمِّكَ حتى يُهْدَى إليكَ»[2].

وعن مسروقٍ: «إذا أخَذ القاضِي الهديةَ فقد أكَل السُّحْتَ، وإذا أخَذ الرشوةَ بلغَتْ به الكفْرَ»[3]، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الرشوةُ في الحكْمِ مِن السُّحْتِ»[4]،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٧)، ومسلم (١٨٣٢) من حديث أبي حميد الساعدي.

(٢) أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (٦٧٩)، وابن سعد في «الطبقات» (٥/ ٢٥٢)، والبلاذري في «أنساب الأشراف» (١٠/ ٣٦٧، ٣٦٨).

(٣) أخرجه النسائي (٥٦٦٥).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٦): «الرِّشْوَة بكسر الراء، وضمها، وبعدها شين معجمة، وواو: الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة، وأصله: من الرشا الذي يتوصل به إلى الماء، وجمعها الرُّشا، وقد رشاه: إذا أعطاه الرشوة، وارتشى منه: أخذ».

(٤) أخرجه ابن جرير في «تفسيره» (٨/ ٤٣٣، ٤٣٤).

ورُوِي: «أنه خطَب وبيدِه قارورةٌ، فقال في خُطبتِه: ما أصبْتُ بها منذُ دخَلْتُها إلَّا هذه أَهْداها إليَّ دِهْقَانٌ»[1].

وهذا يدُلُّ على أن الإمامَ والقاضِيَ لا يَجوزُ له أخْذُ الهديةِ؛ لأنه افْتَخَر بذلك، وهو كقولِ القائلِ: ما شَرِبْتُ ولا زَنَيْتُ منذُ كذا كذا.

فأما قبولُ الهديةِ مِن ذي الرحِمِ فواجبٌ؛ لأن فيه صلةَ الرحِمِ، ومن جرت عادتُه قبل القضاءِ بمهاداتِه لا تهمةَ فيه فيما يأخذه منه، والمنعُ إنما هو لأجلِ التهمةِ والميلِ إلى أحدِ الخصمين، فإذا زالت التهمةُ لم يُمنَعْ منه.

وقد رُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الراشِي فِي الحُكْمِ والمُرْتَشِي»[2]. وعن جماعةٍ مِن السلَف رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ: «السحْتُ هو الرشوةُ»[3].

والفرقُ بينَ الرشوةِ والهديةِ: هو أن الرشوةَ تُدْفَعُ بشرْطِ أن يُعِينَه، والهديةُ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٤٦٧٣)، وابن أبي شيبة (٢٢٣٨٥).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٦): «الدِّهْقَان بكسر الدال المهملة، وضمها: رئيس القرية، ومقدم الزراعة. قاله ابن الأثير. وقال في المغرب: الدِّهقان عند العرب: الكبير من كفار العجم، وكانت تستنكف من هذا الاسم، وقد غلب على أهل الرساتيق منهم، ثم قيل لكل من له عقار كثير: دهقان، واشتقوا منه الدهقنة، وتدهقن، ويقال للمرأة: دهقانة. على القياس. انتهى. قيل: نونه أصلية، من تدهقن. وقيل: زائدة. وهو من الدهق: الامتلاء». ينظر: «النهاية» (٢/ ١٤٥)، و«المغرب» (١/ ٣٠٠).

(٢) أخرجه أحمد (٩٠٢٣، ٩٠٣١)، والترمذي (١٣٣٦)، وابن حبان (٥٠٧٦) من حديث أبي هريرة. وعند الترمذي: «لعن رسول اللَّه...». قال الترمذي: «حديث حسن».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٧): «الراشي: المعطي للرشوة».

وقال: «المرتشي: الآخذ لها».

(٣) ينظر: «تفسير ابن جرير» (٨/ ٤٢٨، ٤٣٥)، و«الأوسط» لابن المنذر (٦٥٤٧، ٦٥٤٩).



لا يكونُ معها شرْطٌ[1].

قال: ولا يَحْضُرُ دعوةً إلا أن تكونَ عامَّةً.

وذلك لأن الدعوةَ الخاصةَ في حضورِها تهمةٌ والعامةُ بخلافِها، وقد رُوِي عن محمدٍ أنه قال: يُجِيبُ الدعوةَ الخاصةَ إذا كانتْ لِقَرابتِه، كما يَجوزُ له أن يَقْبَلَ هديتَه لِما فيه مِن صلةِ الرحِمِ[2].

قال: ويَشْهَدُ الجِنازةَ، ويَعُودُ المريضَ.

لأنها أمورٌ مندوبٌ إليها ولا تُهمةَ أيضًا فيها فلا يَمْنَعُ القضاءُ منها، وقد كان النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَحْضُرُ الجنازةَ، ويَعُودُ المرْضَى، وهو حاكِمُ الحكَّامِ، وقال اللَّهُ تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

قال: ولا يُضِيفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ الآخَرِ.

لِما فيه مِن التهمةِ، وقد رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نهَى أن يُضِيفَ أحدَ الخَصْمَيْنِ»[3]، فإن أضافهما جميعًا جاز لزوالِ التهمةِ.

---

(١) ينظر: «الفروق اللغوية» لأبي هلال العسكري (ص٩٩، ١٠٠، ٥٥٥).

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ١٦)، و«الهداية» (٣/ ١٠٣)، و«درر الحكام» (٢/ ٤٠٦)، و«البحر الرائق» (٦/ ٣٠٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٢٩١)، والبيهقي (١٠/ ١٣٧) من طريق إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن علي. قال البيهقي: «فيه ضعف». وأخرجه الطبراني في «الأوسط» (٣٩٢٢) من طريق محمد بن عبد العزيز الواسطي، نا القاسم بن غصن، عن داود بن أبي هند، عن أبي حرب بن أبي الأسود الديلي، عن أبيه، عن علي. قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن داود بن أبي هند إلا القاسم بن غصن، تفرد به: محمد بن عبد العزيز». وقال الحافظ في =

قال: وإذا حضراه سوَّى بينهما في الجلوسِ والإقبالِ[1]، ولا يُسارُّ أحدَهما، ولا يُشِيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُه حُجةً[2].

وذلك لِما رُوِي أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا ابْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ، وَالإِشَارَةِ، والنَّظَرِ، ولا يَرْفَعْ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الخَصْمَيْنِ أَكْثَرَ مِمَّا يَرْفَعُهُ عَلَى الآخَرِ»[3].

ولِما رُوِي أن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «كتَب لأبي موسى كتابًا في القضاءِ قال فيه: «آسِ[4] بينَ الناسِ في وجْهِكَ، ومجلِسِكَ، وعدْلِكَ، حتى لا يَطْمَعَ شريفٌ في

«التلخيص الحبير» (٤/ ١٩٤): «والقاسم بن غصن مضعف».

(١) قال في حاشية (ح): «من جملة عدل فرعون الذي استحق به الإمهال: تسويته بين الخصمين حتى استعمل سلمين يُصْعِدانِ الخصمين متساويين، ومن جملة عدله: مخالفة القطع في أطراف السحرة، إذ هو أول من قطع من خلاف على ما قيل. تفسير ابن عبد السلام».

(٢) في (أ٢، ح، ظ) «حجته»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٣) أخرجه أبو يعلى (٥٨٦٧، ٦٩٢٤)، والطبراني في «الكبير» (٢٣/ ٢٨٤) ح(٦٢٢، ٦٢٣)، والدارقطني (٤٤٦٦، ٤٤٦٧) من طريق عباد بن كثير، عن أبي عبد اللَّه، عن عطاء بن يسار، عن أم سلمة. قال البيهقي (١٠/ ١٣٥): «هذا إسناد فيه ضعف». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٧٣، ٧٤)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ١٩٣).

(٤) يروى بروايتين: (آسِ) بالمد، وكسر السين: وهو أمر بالمؤاساة، كقولك: دار. من المداراة، يقال: آسيته أواسيه مؤاساة، ومعناه: اعمل بين الناس بالرفق والإيثار والمجاملة في استقبالهم، والجلوس معهم، والقضاء بينهم.

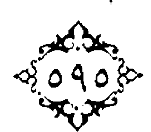
ويروى (أَسِّ) بقطع الألف، وتشديد السين: وهو أمر بالتأسية، والتأسية: مبالغة في الأسو، فإن التفعيل مبالغة الفعل، والأسو الإصلاح، من باب دخل، وهو المداواة أيضًا، يقال: آسى الطبيب المريض. أي: داواه، وأسوت بين القوم. أي: أصلحت بينهم، وأَسَّيت بالتشديد، أي: بالغت في ذلك، ومعناه: أصلح بينهم، وعالج أمورهم. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٣٠).

حَيْفِكَ، ولا يَيْأَسَ ضعيفٌ مِن عدْلِكَ»[١].

وأما قولُه: ولا يُلقِّنُه حُجةً. لأن في ذلك إعانةً لأحد الخصمَيْنِ، وقد بَيَّنَّا أنه منْهِيٌّ عن ذلك، وقد رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِنَّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّ أَحَدَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِن مالِ أَخِيهِ فَإِنَّما أَقْضِي لَهُ بِقِطْعَةٍ مِنَ النَّارِ»[٢]. فلو جاز للقاضِي تَلْقِينُ الخصمِ حجَّتَه لَفَعَل صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) أخرجه الدارقطني (٤٤٧٢)، والبيهقي (١٠/ ١٣٥) من طريق إدريس الأودي، أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتابًا، وقال: «هذا كتاب عمر إلى أبي موسى... إلخ». قال ابن كثير في «مسند الفاروق» (٢/ ٥٤٦، ٥٤٧): «هذا أثر مشهور وهو من هذا الوجه غريب، ويسمى وجادة، والصحيح أنه يحتج بها إذا تحقق الخط... وقد روي هذا الأثر من وجه آخر».
وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٨١، ٨٢)، و«الدراية» (٢/ ١٧١، ١٧٢).
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٧): «آسِ بين الناس: أمر من المواساة، بهمزتين، والأسوة: اسم من ائتسى به، إذا اقتضى به واتبعه، ويقال: آسيته بمالي. أي جعلته أسوة أقتضي به، ويقتدي هو بي. وواسيت لغة ضعيفة، ومعناه: شارك بينهم في نظرك والتفاتك. وقيل: سوِّ بينهم. قيل: ويروى أسس، وهو من ساس الناس يسوسهم، والسياسة: القيام على الناس بما يصلحهم. والهمزة فيه زائدة. قال في المغرب: ومن روى: آس، من التأسية: التعزي، فقد أخطأ». ينظر: «النهاية» (١/ ٥٠)، و«المغرب» (١/ ٤٠).
وقال: «الحَيْف بفتح الحاء المهملة، وسكون الياء آخر الحروف، وآخره فاء: الجور والظلم، أي لا يطمع شريف في ميلك معه».

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٨٠، ٦٩٦٧، ٧١٦٨)، ومسلم (١٧١٣) من حديث أم سلمة.
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٧، ٢٦٨): «ألحَن: أفعل التفضيل، بالحاء المهملة، والنون، من اللحن، وهو الميل عن جهة الاستقامة، أراد: إن بعضكم يكون أعرف بالحجة وأفطن لها من غيره، يقال: لحنت لفلان. إذا قلت له قولًا يفهمه، ويخفى على غيره، لأنك تميله بالتورية عن الواضح المفهوم».



ذلك وسوَّى بينَ الخصمينِ ولم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ الوعيدِ.

وقد قال أصحابُنا: إنه لا يَجوزُ للقاضِي أن يَقْضِيَ وهو غضبانُ ولا جائعٌ[1]، لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يَقْضِي القَاضِي وَهُوَ غَضْبَانُ»[2]، «وَلَا يَقْضِي إِلَّا وَهُوَ شَبْعَانُ رَيَّانُ»[3]. وعلى هذا جميعُ ما يَشْغَلُه عن القضاءِ يَجِب ألَّا يَقْضِيَ مع وجودِه.

وقد رُوِي: «أن شُرَيحًا كان إذا غَضِب قام وترَك القضاءَ»[4]، ولأن القاضِيَ يَحتاجُ إلى الصبرِ، والمداراةِ، وحُسنِ الخُلُقِ، لئلَّا يَنْفِرَ الناسُ عنه، وقد أَمَر اللَّهُ تعالى نبيَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذه الأخلاقِ في قولِه تعالى: ﴿وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ ٱلْقَلْبِ لَٱنفَضُّواْ مِنْ حَوْلِكَ﴾ [آل عمران: ١٥٩] الآيةَ.

والغضبُ والجوعُ يؤثِّرُ في ذلك، فيَجِبُ ترْكُ القضاءِ عندَ وجودِه.

قال: فإذا ثبَت الحقُّ عندَه، وطلَب صاحبُ الحقِّ حبْسَ الغَرِيمِ، لم يُعَجِّلْ بحَبْسِه وأَمَره بدَفْعِ ما عليه.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٩)، والمحيط البرهاني» (٨/ ٢٩).

(٢) أخرجه البخاري (٧١٥٨)، ومسلم (١٧١٧) من حديث أبي بكرة.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤٤٧٠)، والبيهقي (١٠/ ١٠٥) من طريق القاسم بن عبد اللَّه العمري، عن عبد اللَّه بن عبد الرحمن بن أبي طوالة، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري. قال البيهقي: «تفرد به القاسم العمري، وهو ضعيف، والحديث الصحيح في الباب قبله يؤدي معناه». يعني: حديث أبي بكرة.

(٤) أخرجه مسدد، كما في «إتحاف الخيرة» (٥/ ٣٨٤)، و«المطالب العالية» (١٠/ ١٧٢)، ومن طريقه أخرجه البيهقي (١٠/ ١٠٦).



وذلك لأن الحبسَ عقوبةٌ، والعقوبةُ لا تُستحَقُّ إلا بمعْنًى يوجدُ مِن جهتِه ولم يُوجَدْ، فإذا أَمَره بدَفْعِ ما عليه فامْتَنع فقد وُجِد منه الظلمُ لخصمِه فاستَحَقَّ العقوبةَ لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»(١).

قال: فإن امْتَنَع حبَسه في كلِّ دَينٍ لَزِمه بدلًا عن مالٍ حصَل في يدِه كثمَنِ المبيعِ، وبدَلِ القَرْضِ، أو الْتَزَمه بعقدٍ كالمَهْرِ، والكفالةِ.

وهذا الذي ذكَره روايةُ ابنِ شجاعٍ: أنه يُحبَسُ في ذلك، ولا يُقْبَلُ قولُه في الإعسارِ.

وذكر الخصَّافُ، عن أصحابِنا: أنه يُحبَسُ فيها، كان بدلًا عن مالٍ حصَل في يدِه خاصةً، ولا يُحبَسُ فيما سِوى ذلك(٢).

والأصلُ في هذا: أن الأصلَ في الإنسانِ الفقرُ، والغِنى معْنًى طارئٌ، فوجَب

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة. وقد تقدَّم في كتاب الحجر تحت قول الماتن: «ولا يَحْبِسُه فيما سِوى ذلك كعِوَضِ المغصوبِ وأرْشِ الجنايةِ إلا أن تَقُومَ بَيِّنةٌ أن له مالًا».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٦٨): «مَطْل الغَنِيِ: يقال: مطلت الحديدة أمطلها. إذا ضربتها ومددتها لتطول، وكل ممدود ممطول، فإذا مد الغني في مدة الوفاء فهو مطله. ولخصه بعض الفضلاء، فقال: المطل منع قضاء ما استحق أداؤه. انتهى. ويقال له: اللَّي أيضًا. يقال: لوى الغريم ليًّا وليَّانًا. والمعنى: أن مطل الغني يبيح ذم عرضه، وأن يقال له: يا ظالم. وعرض الرجل ما يصونه من قدره وأهله. وعن سفيان: إنه يملط له، وعقوبته الحبس». وأثر سفيان أخرجه البخاري تعليقًا (٣/ ١١٨)، ووصله الحافظ في «التغليق» (٣/ ٣١٨، ٣١٩).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٧٤)، و«العناية» (٧/ ٢٧٩)، و«البناية» (٩/ ٢٧).



استصحابُ الحالِ حتى يُعْلَمَ حدوثُ ما يُخالِفُه، وما كان بدلًا عن مالٍ فقد عُلِم حصولُ الغِنَى به، فسقَط حكمُ الأصلِ ووجَب استصحابُ الغِنَى حتى يُعْلَمَ زوالُه، فلهذا لم يُصَدَّقْ في الإعسارِ، وصار امتناعُه ظلمًا فحُبِس لأجْلِه.

وأما ما الْتَزَمه بعقدٍ فوجْهُ ما قاله ابنُ شجاعٍ: إنها حقوقٌ الْتَزَمها بعقدٍ، والظاهِرُ أنه لم يَلْتَزِمْها إلا وهو قادرٌ على أدائها، فإذا ادَّعى الإعسارَ فيُرِيدُ إسقاطَه عن نفْسِه، فلا يُقْبَلُ قولُه ويُحبَسُ.

وجْهُ ما ذكَره الخصافُ: أن الحبْسَ عقوبةٌ تُستَحَقُّ بالامْتِناعِ مع الغِنَى، فلا يَجوزُ إثباتُها بالظاهِرِ كسائرِ العقوباتِ.

قال: ولا يَحْبِسُه فيما سِوَى ذلك إذا قال: إني فقيرٌ. إلا أن يُثْبِتَ غريمُه أن له مالًا.

وهذا الذي ذكَره مثلُ عِوَضِ الغصبِ وأَرْشِ الجنايةِ، وذلك لأن الأصلَ هو الفقرُ على ما بيَّنَّا، ولا يُعْلَمُ انتقالُه عن الأصلِ ولا الْتَزَمه أيضًا بعقدٍ، فلم يَثْبُتْ ظلمُه فلم يَستَحِقَّ العقوبةَ بالحبْسِ.

فأما إذا قامتِ البينةُ على أن له مالًا تبيَّنَّا ظلمَه، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»[1]. فاستَحقَّ العقوبةَ فحُبِس.

قال: ويُحْبَسُ[2] شهرينَ أو ثلاثةً، ثُمَّ يَسأَلُ عنه.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ض، ونسخة مختصر القدوري): «ويحبسه».



وفي روايةِ الحسنِ: ما بين أربعةِ أشهرٍ إلى ستةِ أشهرٍ، والتقديرُ في هذا غيرُ مُعْتَبَرٍ وهو مردودٌ إلى رأْيِ القاضِي، والمقصودُ بالحبْسِ أن يَضْجَرَ فيُظْهِرَ مالًا إن كان له، وهذا أَمْرٌ يَخْتَلِفُ باختلافِ الناسِ، فوقَف على اجتهادِ القاضِي فيه[1].

وأما قولُه: يحبسه، ثُمَّ يسأل عنه. فهذا قولُ أبي حنيفةَ أنه لا يَسمَعُ البيِّنَةَ على الفلَسِ قبْل الحبْسِ.

وقال محمدٌ: هكذا إذا أشكَل عليَّ أمرُه، فأما إذا لم يُشْكِلْ سألتُ عنه ولم أَحْبِسْه[2].

فيَجوزُ أن يُقالَ: إن هذا الموضعَ موضعُ اتفاقٍ، وهو أن يَغْلِبَ على ظنِّ القاضِي أن الشهودَ يَرْجِعُون إلى ظاهرِ الحالِ، فلا تُسمَعُ شهادتُهم حتى يَكْشِفَ أمرَه بالحبْسِ، وإن غلَب على ظنِّه أنهم عرَفوا باطنَ الحالِ وأنه لا مالَ له فلا معْنى للحبْسِ بعْدَ ذلك.

وإن حمَلْنا المسألةَ على الخلافِ؛ فوجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن القاضِيَ يَقْدِرُ على معرفةِ حالِه بالحبْسِ فلا يَجوزُ له الرجوعُ إلى قولِ الشهودِ الذين يَشْهَدُون بالظاهرِ، ولأن الفلَسَ معْنًى يُسأَلُ عنه في السِّرِّ والعلانيةِ، فلا يَسمَعُ عليه البيِّنةَ قبْلَ المسألةِ كالجَرْحِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الإفلاسَ يُوجِبُ تأخيرَ الحقِّ فجاز أن يَسمعَ البيِّنَةَ عليه كالتأْجيلِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٨٨)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٥٤٠)، و«العناية» (٧/ ٢٨٢).

(٢) ينظر: «التجريد» (٦/ ٢٨٩٥)، و«عيون المسائل» (ص٢٢٠)، و«البحر الرائق» (٦/ ٣١١).



قال: فإن لم يَظْهَرْ له مالٌ خُلِّي سبيلُه ولا يَحُولُ بينَه وبينَ غرمائِه.

وقد بيَّنَّا ذلك في كتابِ الحَجْرِ[1].

قال: ويُحبَسُ الرجلُ في نفقةِ زوجتِه.

لأنه مالٌ واجبٌ عليه مع اليسارِ والإعسارِ، فإذا امْتَنع مِن أدائه حُبِس كالدَّيْنِ.

قال: ولا يُحْبَسُ والدٌ في دَيْنِ ولدِه إلَّا إذا امْتَنع مِن الإنفاقِ عليه.

وذلك لأن الحبسَ عقوبةٌ والواجبُ على الولدِ تعظيمُ الوالدِ، وقد قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]. والعقوبةُ بالحبْسِ أكثرُ مِن ذلك فكان أَولى بالمنْعِ، وأما إذا امْتَنع مِن الإنفاقِ فلا يُمْكِنُ استدراكُ النفقةِ إلا بالحبْسِ، ألا تَرى أنه سقَط بمضِيِّ الزمانِ بخلافِ سائرِ الديونِ التي لا تسقُطُ بمضِيِّ الزمانِ، ونَظِيرُ هذا ما قالوا في المرأةِ إذا امْتَنعتْ مِن الوطءِ أنها تُضْرَبُ؛ لأنه معْنًى يَفوتُ بمضِيِّ الزمانِ، ولا يُمْكِنُ استدراكُه إلا بالضرْبِ.

قال: ويَجوزُ قضاءُ المرأةِ في كلِّ شيءٍ إلا في الحدودِ والقِصاصِ.

وقد بيَّنَّا ذلك أولَ البابِ[2]، فأما الحدودُ والقِصاصُ فلا يَنْفُذُ قضاؤُها فيه؛ لأن شهادتَها لا تُقْبَلُ في ذلك، والقضاءُ أَعَمُّ مِن الشهادةِ فهو أَوْلى أن لا يَجوزَ.

قال: ويُقْبَلُ كتابُ القاضِي إلى القاضِي في الحقوقِ إذا شَهِد به عندَه.

---

(١) تقدَّم عند قول الماتن: «وإذا حبَسه الحاكِمُ شَهْرَيْنِ أو ثلاثةً سأل عن حالِه فإن لم يَنْكَشِفْ له مالٌ خلَّى سَبِيلَه»، وقوله بعده: «ولا يَحولُ بينَه وبينَ غُرمائِه بعْدَ خُروجِه مِن الحبْسِ».

(٢) تقدَّم عند قول الشارح: «يَجوزُ حكْمُ المرأةِ فيما تُقْبَلُ شهادتُها فيه».



والأصلُ في جوازِ قبولِ كتابِ القاضِي إلى القاضِي أن ذلك يَفْعَلُه القضاةُ مِن لدُنِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومِنا مِن غيرِ نكيرٍ، ولأنه قائمٌ مقامَ الغيرِ، والحقوقُ يَجوزُ إثباتُها بما قام مقامَ الغيرِ كالشهادةِ على الشهادةِ، ولأن الضرورةَ تدعو إلى ذلك، ألا ترى أن صاحب الحقِّ قد لا يُمْكِنُه إثباتُ حقِّه مع غَيبةِ مَن عليه الحقُّ.

ولا يَجوزُ للقاضِي أن يَقْضِيَ على غائبٍ، وإن حضَر صاحبُ الحقِّ عندَ القاضِي الآخَرِ لم يُمْكِنْه إثباتُ حقِّه مع غَيبةِ بيِّنَتِه، فلا طريقَ إلى إثباتِه إلا بالكتابِ، فجاز للضرورةِ.

قال: فإن شَهِدُوا على خصمٍ حكَم بالشهادةِ وكتَب بحكْمِه، وإن شَهِدُوا بغيرِ حضرةِ الخصمِ لم يَحكُمْ وكتَب بالشهادةِ ليحكُمَ بها المكتوبُ إليه.

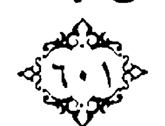
وهذا صحيحٌ؛ لأن سماعَ الشهادةِ والقضاءَ لا يَجوزُ إلا على خصمٍ، فإن حضَر خصمٌ سَمِع عليه البينةَ وحكَم بها، وكتَب بحكْمِه إلى القاضي المكتوبِ إليه، وإذا لم يحضُرْ خصمٌ لم يُمْكِنْه الحكْمُ على الغائبِ فيَكتُبُ إلى القاضِي الآخَرِ بما سَمِعه مِن الشهادةِ لِيَحْكُمَ بها، وهو بمنزلةِ تحميلِ شهودِ الأصلِ لشهودِ الفرْعِ فلا يَفْتَقِرُ إلى حضورِ خصمٍ.

قال: ولا يَقْبَلُ الكتابَ إلا بشهادةِ رجلَيْنِ، أو رجلٍ وامرأتَيْنِ.

وقد كان الشعبيُّ يَقْبَلُ الكتابَ مِن غيرِ شهادةٍ[1].

---

(١) علَّقه البخاري (٩/ ٦٦) فقال: «وكان الشعبي يجيز الكتاب المختوم بما فيه من القاضي». ووصله ابن أبي شيبة (٢٣٥٧٥)، ووكيع في «أخبار القضاة» (٢/ ٤١٦).



والدليلُ على ما قُلناه: أن الخطَّ يُشْبِهُ الخطَّ فلا يأْمَنُ أن يُزوَّرَ عليه، فوجَب أن يَسْتَظْهِرَ في ذلك بالشهادةِ، ولأن القاضِيَ لو وجَد خطَّه في ديوانِه وتحتَ ختمِه[1] ولم يتذكَّرْ لم يَجُزْ له أن يَحْكُمَ به، فلَأنْ لا يحْكُمَ بخطِّ الغيرِ أَولى، وإذا ثبَت اعتبارُ الشهادةِ قلنا هذا حقٌّ لا يسقُطُ بالشبهة، وهو مِمَّا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ فلا يُقْبَلُ فيه أقلُّ مِن رجلينِ وامرأتينِ كسائرِ الحقوقِ.

قال: ويَجِبُ أن يَقْرَأَ الكتابَ عليهم لِيَعْرِفُوا ما فيه، ثُمَّ يَخْتِمَه ويُسلِّمَه إليهم.

وذلك لأن الشهودَ لا يُمْكِنُهم الشهادةُ بما في الكتابِ إلا بعْدَ معرفتِهم بما فيه، فلهذا يَقْرَأُه عليهم ويَخْتِمُه بحضْرتِهم لِيَعْرِفُوا المشهودَ به مِن غيرِ شَكٍّ.

قال: فإذا وصَل إلى القاضِي لم يَقْبَلْه إلا بحضْرةِ الخَصْمِ.

وذلك لأن المقصودَ مِن قبولِ الكتابِ وسماعِ الشهادةِ عليه هو الحكْمُ بما فيه، والحكْمُ وسماعُ البيِّنَةِ لا يَجوزُ إلا على خصمٍ، ولا يُشْبِهُ هذا سماعَ القاضِي الكاتبِ الشهادةَ أنها لا تَفْتَقِرُ إلى حضورِ خصمٍ، لِما بيَّنَّا أن المقصودَ منها النقْلُ، وذلك لا يَفْتَقِرُ إلى حضورِ خصمٍ كتحمُّلِ شهودِ الفرْعِ شهادةَ شهودِ الأصلِ.

وقد قال أبو يوسفَ: يَقْبَلُه مِن غيرِ حضورِ خصمٍ؛ لأن الكتابَ يختَصُّ بالمكتوبِ إليه فكان له أن يَقْبَلَه، والحكْمُ بعْدَ ذلك يَقَعُ بما عَلِمه مِن الكتابِ فاعْتُبِر حضورُ الخصمِ عندَ الحكْمِ[2].

---

(١) في (ح): «يده»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) ينظر: «العناية» (٧/ ٢٩٤)، و«البناية» (٩/ ٤٣)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٨٥).



قال: فإذا سلَّمه الشهودُ إليه نظَر إلى خِتْمِه، فإذا شَهِدوا أنه كتابُ فلانٍ القاضِي سلَّمه إلينا في مجلسِ حكْمِه، وقرَأه علينا وختَمه، فضَّه[1] القاضِي وقرَأه على الخصْمِ وألْزَمه بما فيه.

أما اعتبارُ قراءَتِه على الشهودِ فهو قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ، وابنُ أبي ليلى: إذا شَهِدُوا أنه كتابُه وخاتَمُه قَبِله[2].

وجْهُ قولِهما: أن الشهادةَ هو[3] بما في الكتابِ، فإذا لم يَعْرِفِ الشهودُ المشهودَ به لم تُقْبَلْ شهادتُهم.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنهم إذا شَهِدُوا على الكتابِ والختْمِ ثبَت أنه كتابُ القاضِي الكاتب، فإذا قرَأه عرَف ما فيه.

وأما اعتبارُ الختْمِ بحضرةِ الشهودِ: فلأنه لا يُؤْمَنُ أن يُزادَ فيه، فلم يَجُزْ أن يَشْهَدُوا بالشَّكِّ، وهذا إذا لم يَحْفَظُوا ما فيه، فإن حَفِظوه فلا معْنى للخَتْمِ، وعلى قولِ أبي يوسفَ المعتبرُ تسليمُ القاضِي الكتابَ إليهما مختومًا، ولا مُعْتبَرَ بما قبْلَ ذلك.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا كان عنوانُ الكتابِ: مِن فلانٍ إلى فلانٍ، أو مِن ابنِ فلانٍ إلى ابنِ فلانٍ. لم يَقْبَلْ إلا أن يكونَ مشهُورًا باسمِه أو بكُنْيَتِه مثلُ أبي حنيفةَ،

---

(١) فضه: أي: فتحه. ينظر: «العناية» (٧/ ٢٩٤).

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ٩٥)، و«الهداية» (٣/ ١٠٦)، و«العناية» (٧/ ٢٩٤)، و«البناية» (٩/ ٤٣).

(٣) في (أ٢، ش، ظ): «هي».



وقال أبو يوسفَ: يَقْبَلُ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الكتابَ يثبُتُ مع غَيبةِ الكاتِبِ، فوجَب أن يتميَّزَ بما يُعْرَفُ به كالشهادةِ على الغائبِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الشهودَ قد عرَفوا الكاتِبَ فإذا قالوا: قاضِي بغدادَ[2]. وليس بها إلا قاضٍ واحدٌ صار معلومًا فلا يَحتاجُ إلى النسَبِ.

وقد قال أبو يوسفَ: إذا قَبِل القاضِي الكتابَ بمحضَرٍ مِن الخصمِ، وشَهِدتْ به الشهودُ، وفضَّه وقرَأه، ثُمَّ غاب المدَّعَى عليه حكَم عليه.

وقال محمدٌ: لا يَحْكُمُ عليه ولكن يكتُبُ به إلى قاضي بلدٍ آخرَ، وهذا فرْعٌ على اختلافِهم في القاضِي إذا سَمِع البينةَ على رجلٍ، ثُمَّ غاب، قال أبو يوسفَ: يَحْكُمُ عليه. وقال محمدٌ: لا يَحْكُمُ[3].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن حضورَه مُعْتَبَرٌ لِعِلْمِ وجودِ الإقرارِ منه أو الإنكارِ، وقد عُلِم ذلك، وجوازُ أن يكونَ له حجةٌ لا يَمْنَعُ مِن الحكْمِ؛ لأنه يَقْدِرُ أن يُقِيمَها بعْدَ ذلك.

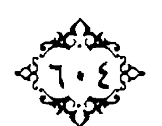
وجْهُ قولِ محمدٍ: أن صحةَ الشهادةِ موقوفٌ على الحكْمِ، فإذا اعْتُبِر حضورُه في الابتداءِ فَلَأَنْ يُعتبرَ حالَ الحكْمِ أَوْلى.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ١٠١)، و«المحيط البرهاني» (٨/ ١٣٣)، و«رد المحتار» (٥/ ٤٣٤).

(٢) في (أ، ع): «بغداذ»، وهي لغة في «بغداد»، وفيها لغات أخرى. ينظر: «معجم البلدان» (١/ ٤٥٦).

(٣) ينظر: «الأصل» (١١/ ١٩٦)، و«التجريد» (١٢/ ٦٥٦٣)، و«شرح أدب القاضي» (٣/ ٣٢٢)، و«البناية» (٩/ ٥٣).



وإذا ثبَت هذا قال أبو يوسفَ: سماعُ الكتابِ يَجْرِي مَجْرَى سماعِ البيِّنةِ[1].

وعلى أصل محمدٍ: يُعتبَرُ حضورُ المدعَى عليه عندَ إنفاذِ الحكْمِ، كذلك في مسألتِنا، إلا أنه يكتُبُ به لِما بيَّنَّا مِن جوازِ الكتابِ بالشهادةِ مع غَيبةِ المدعَى عليه.

وقد قال أصحابُنا: إذا مات القاضِي الكاتِبُ أو عُزِل قبْلَ وصولِ كتابِه لم يَقْبَلْه[2] المكتوبُ إليه، وعن أبي يوسفَ في «الإملاءِ»: أنه يَقْبَلُه[3]. وبه قال الشافعيُّ[4].

وجْهُ قولِهم: أنه وصَل إليه كتابُ مَن لا ينفُذُ حكْمُه فلا يَجوزُ قبولُه، كما لو وصَل إليه كتابُ شاهدٍ، ولأنه معْنًى لو قارن كتْبَ الكتابِ منَع مِن قبولِه فإذا طرَأ عليه قبْل وصولِه منَع، أصلُه الفِسْقُ.

فإن قيل: المعوَّلُ على ثبوتِ الحقِّ عند القاضِي المكتوبِ إليه على شهادةِ شاهِدَي الكتابِ على الكاتِبِ، ألا ترى أن كتابَه لا يَحْكُمُ به ما لم يَشْهَدُوا، فصار كموتِ شهودِ الأصلِ مع بقاءِ شهودِ الفرْعِ.

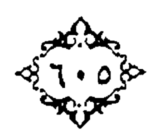
قيل له: بل المعوَّلُ في ثبوتِ الكتابِ إليه على شهادةِ الشهودِ، ثُمَّ الحقُّ يثبُتُ بكتابِ القاضِي وخطابِه، يُبيِّنُ ذلك أن الشهودَ لا يَشْهَدُون بأكثرَ مِن: إن هذا كتابُ فلانٍ. فصارُوا بمنزلةِ المزكِّي والشهودِ، والمعْنى في الأصلِ أن شهودَ الفرْعِ يَشهدُون بنفْسِ الحقِّ فأَغْنى عن حياةِ شهودِ الأصلِ، وفي مسألتِنا لا

(١) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٠١)، و«التجريد» (١٢/ ٦٥٦١)، و«المبسوط» (١١/ ٤٢).

(٢) في حاشية (ش) بمداد مغاير، ونسبه لبعض النسخ: «يفتكه».

(٣) ينظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ١٤٧)، و«البحر الرائق» (٧/ ٤)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٨٦).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٢٨)، و«المهذب» (٣/ ٤٠٢)، و«التهذيب» (٨/ ٢٠٢).



يَشْهَدُون بنفْسِ الحقِّ، والكتابُ قد خرَج مِن أن يكونَ كتابَ حكْمٍ، فلا يَجوزُ أن يَحْكُمَ بذلك.

وقد ذكَر ابنُ شجاعٍ: أن القاضِيَ الكاتِبَ إذا مات قبْلَ أن يَحْكُمَ المكتوبُ إليه بكتابِه لم يَحْكُمْ به بعْدَ ذلك في قولِ أبي حنيفةَ وزفرَ، وقال أبو يوسفَ: يَحْكُمُ به(١).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن موتَ القاضِي يُوجِبُ عزْلَه فلم يَجُزِ الحكْمُ بقولِه كما لو عزَله الإمامُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن قولَ الكاتِبِ بمنزلةِ الشهادةِ فصار كالشاهدِ إذا مات قبْلَ الحكْمِ بشهادتِه وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن قولَ الأولِ بمنزلةِ الحكمِ، ولهذا يُقبلُ قولُه وحدَه فيجبُ ألَّا يَنفُذَ قولُه وهو لا يَملكُ الحكمَ.

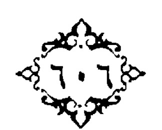
وقد قال أصحابُنا: إذا مات القاضي المكتوبُ إليه أو عُزِل ووُلِّي غيرُه فوصَل الكتابُ إليه لم يَجُزْ قبولُه، والحكْمُ به(٢). وقال الشافعيُّ: يَقْبَلُه ويَحْكُمُ به(٣).

لنا: أن الكتابَ إلى غيرِه فلا يَجوزُ له قبولُه كما لو لم يَقْبَلْه الأولُ، ولأن كتابَ القاضِي إلى القاضِي بمنزلةِ الشهادةِ عندَ القاضِي، ألا تَرى أن كلَّ واحدٍ منهما يَنقُلُ إلى القاضِي ما يَحْكُمُ به، ولو شَهِد الشهودُ عندَ القاضِي، ثُمَّ عُزِل لم يَجُزْ لآخَرَ أن يَحْكُمَ بتلك الشهادةِ وأن يُمْضِيَها، كذلك الكتابُ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٤٣، ٤٥)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٨٦، ١٨٧)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٤٤).

(٢) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٥٣١)، و«النتف» (٢/ ٧٨٤)، و«المبسوط» (١٦/ ٩٦).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٦٠)، و«المهذب» (٣/ ٤٠٢)، و«التهذيب» (٨/ ٢٠٢).



فإن قيل: شهادةٌ يثبُتُ بها كتابُ القاضِي عندَ المكتوبِ إليه فيثبُتُ بها عندَ غيرِه، أصلُه الكتابُ بالحكْمِ.

قيل له: لا فرقَ بينَهما؛ لأن كتابَ الحكْمِ إلى قاضٍ لا يثبُتُ عندَ آخرَ، وإنما يثبُتُ ما في الكتابِ إذا شَهِدوا به، وفي مسألتِنا أيضًا إذا شَهِدُوا بما في الكتابِ يثبُتُ، فأما الكتابُ بنفْسِه فلا يثبُتُ به شيءٌ عند غيرِ المكتوبِ إليه.

وقد قال أصحابُنا: إذا كتَب: مِن فلانٍ إلى قاضِي بلدةِ كذا. ولم يكتُبِ اسمَ القاضِي ولا اسمَ أبيه فينبغي أن يَقبَل ذلك القاضِي الثاني الوالي في ذلك البلدِ إذا كان في حالِ ما كتَب إليه قاضيًا في ذلك البلدِ؛ لأنه صار بذلك مكتوبًا إليه، هذا إذا لم يكن في البلدِ قاضٍ آخرُ[1].

وكذلك قالوا: لو كتَب: مِن فلانٍ إلى مَن وصَل إليه كتابي هذا مِن قُضاةِ المسلِمِينَ. وأَشْهَد على ذلك فيَجِبُ لِمَن ورَد عليه أن يَقْبَلَه إذا كان تاريخُ الكتابِ بَعْدَ وِلايةِ الذي يَصِلُ إليه الكتابُ، ذكَر هذه المسألةَ الحافظُ أبو جعفرٍ الطحاويُّ في «الشروطِ الكبيرِ»، و«الأوسط» مِن غيرِ خلافٍ[2]، لأنه يَصِيرُ بذلك مكتوبًا إلى كلِّ قاضٍ فيَجوزُ له قبولُه، واعْتُبِر أن يكونَ واليًا يومَ كُتِب الكتابُ لِيكونَ مكتوبًا إليه.

وقال: أبو حنيفةَ، وزفرُ: إذا انكسَر ختْمُ القاضِي لم يَقْبَلْه المكتوبُ إليه.

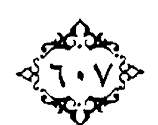
وقال أبو يوسفَ: يَقْبَلُه[3].

---

(١) ينظر: «البناية» (٩/ ٤٢).

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ٩٦)، و «الهداية» (٣/ ١٠٦)، و«البناية» (٩/ ٤٢).

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٠٦)، و«العناية» (٧/ ٢٩٢)، و«البناية» (٩/ ٤١).



وجْهُ قولِهما: أن كسرَ الختْمِ يُوجِبُ تهمةً فيما شَهِد به الشهودُ، لجوازِ أن يكونَ زِيدَ فيه فلم يَقْبَلْه مع التهمةِ فيما شَهِد به الشهودُ، وهذا إذا لم يَحْفَظُوا ما فيه، وعلى قولِ أبي يوسفَ قد وقعتِ الشهادةُ على الكتابِ وما فيه يُعْلَمُ بالقراءةِ فلم يُؤَثِّرْ كسْرُ الختْمِ فيه.

قال: ولا يُقْبَلُ كتابُ القاضِي[1] في الحدودِ والقِصاصِ.

لأن الكتابَ قائمٌ مقامَ الغيرِ فلا يُقْبَلُ في الحدودِ، كالشهادةِ على الشهادةِ.

قال: وليس للقاضِي أن يَسْتَخْلِفَ على القضاءِ إلَّا أن يُفَوَّضَ إليه ذلك.

لأنه جُعِلَ إليه الحكْمُ والفَصْلُ بينَ الخصومِ، وتَوْلِيةُ غيرِه لا يتناوَلُه ذلك، وهو بمنزلةِ الوكالةِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يَقِفُ على الرأْيِ، ولو وكَّله ببيعِ عبدٍ لم يَجُزْ له أن يُوكِّلَ غيرَه إلا أن يَجْعَلَ إليه ذلك[2]، كذلك هذا.

قال: وإذا رُفِعَ إلى القاضِي حكْمُ حاكمٍ أمضاه، إلا أن يُخالِفَ الكتابَ، أو السنةَ، أو الإجماعَ، أو يكونَ قولًا لا دليلَ عليه.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يُقْضَى فِي الشَّيْءِ الوَاحِدِ بِقَضَاءَيْنِ»[3]. ولأن عمرَ بنَ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لم يَقْضِ بالتشريكِ،

(١) بعده في (ل، ونسخة مختصر القدوري): «إلى القاضي»، وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٠٦)، و«العناية» (٧/ ٢٩٦)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٤٥)، و«البناية» (٩/ ٤٥).

(٢) من (أ٢، ر، ش، ظ، غ).

(٣) أخرجه النسائي (٥٤٣٦)، وفي «الكبرى» (٥٩٨٣) من حديث أبي بكرة. ينظر: «البدر المنير» (٩/ ٥٧١).



ثُمَّ قضَى به بعْدَ ذلك، وقال: ذلك على ما قَضَيْنا، وهذا على ما نَقْضِي»[1]. ولأن الصحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَلَّوا مَن يُخالِفُهم في مذاهِبِهم القضاءَ، فلو كان حكْمُه يُفْسَخ لم يُوَلُّوه.

ولأن ما ليس فيه دليلٌ قاطِعٌ فالاجتهادُ فيه يَتعارَضُ، فإذا انْضَمَّ إلى أحدِ الاجتهادَيْنِ حكْمُ الحاكمِ قَوِي فلم يُفْسَخْ باجتهادٍ آخَرَ.

وأما ما عليه دليلٌ قاطِعٌ ولا يَسوغُ فيه الاجتهادُ فحكَم بخلافِه فإنه يُفْسَخُ، وذلك مثْلُ تحريمِ المتعةِ، ووقوعِ الطلاقِ في حالِ الحيضِ.

فأما ما يَسوغُ فيه الاجتهادُ إذا كان فيه دليل قاطعٌ فإن حكْمَ الحاكِمِ يُفْسَخُ[2] فيه، كالحكْمِ بمتروكِ التسميةِ عمْدًا؛ لأنه مخالِف للقرآنِ وليس في مقابلتِه ما يُعارِضُه فلم يُعْتَدَّ به.

وقد قال محمدٌ: أَفْسَخُ حكْمَ الحاكِمِ بالشاهِدِ واليمينِ. وقال أبو يوسفَ: لا أَفْسَخُه[3].

والأظْهَرُ أن يُفْسَخَ لمخالَفتِه القرآنَ[4]، لأن اللَّهَ تعالى أَمَر باستشهادِ شاهِدَيْنِ، أو شاهِدٍ وامرأتَيْنِ، وليس في مقابلةِ ذلك إلا خبرٌ ضعيفٌ، فأما ما لا دليلَ عليه فلا يُعْتَدُّ به.

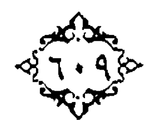
---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٠٥)، وابن أبي شيبة (٣١٧٤٤)، والدارمي (٦٧١)، والبيهقي (٦/ ٢٥٥)، (١٠/ ١٢٠).

والمسألة هي في التشريك في الميراث بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء في الثلث.

(٢) في (غ، ي): «ينفسخ». (٣) «المحيط البرهاني» (٨/ ٨٠)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٨٩).

(٤) قال في حاشية (ح): «وذكر في أقضية الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر. أستروشي».



قال: ولا يَقْضِي القاضِي على غائبٍ إلا أن يَحْضُرَ مَن يَقومُ مقامَه.

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ القضاءُ على الغائبِ عن المصْرِ بالبيِّنةِ، وإن كان حاضِرًا فيه ففيه وجهانِ[1].

لنا: ما رُوِي أن النبيَّ ﷺ قال لعليٍّ رضي الله عنه حينَ بعَثه إلى اليمنِ: «لا تَقْضِ لِأَحَدِ الخَصْمَيْنِ حَتَى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ»[2]. ولأن البينةَ حُجَّةٌ لأحَدِ الخصمَيْنِ، فلا يُحْكَمُ بها مع غَيبةِ الخصمِ الآخرِ أو مَن يَقومُ مقامَه أصلُه اليمينُ، وأنه يَجوزُ أن يَحْضُرَ فيُدْلِي بحجةٍ يَنْفِي بيِّنَةَ الآخرِ فمنَع ذلك أن يَبْتَدِئَ عليه الحكْمُ، أصلُه إذا حضَر في المجلسِ.

فإن قيل: إن النبيَّ ﷺ قال لهندٍ: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ»[3].

قيل له: هذا كان على طريقِ الفُتْيا لا على طريقِ القضاءِ، بدليل أنه لم يَسْتَحْلِفْها أنها لم تَسْتَوْفِ النفقةَ.

فإن قيل: تعذَّر جوابُ المدعَى عليه فصار كما لو سكَت.

قيل له: لا نُسَلِّمُ؛ لأن فيه ثلاثَ رواياتٍ:

إحداها: أنه يُلَازَمُ حتى يُقِرَّ أو يُنْكِرَ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٦/ ٢٣٦، ٢٩٦)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٧٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، والنسائي في «الكبرى» (٨٣٦٦) من طريق سماك بن حرب، عن حنش بن المعتمر، عن عليٍّ. قال الترمذي: «حديث حسن». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ٦٠، ٦١)، و«البدر المنير» (٩/ ٥٣٠، ٥٣٤).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢١١، ٥٣٦٤، ٧١٨٠)، ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة.

والثانية ذكَرها الخصافُ: أن القاضِيَ يَسألُ عن حالِه؟ فإذا قِيل: إنه سليمٌ. قال: إن أجبْتَ وإلا حكمتُ عليكَ بالنكولِ.

وذكَر في «الجامع»: أن القاضِيَ يَسْمَعُ البيِّنةَ عليه[1].

فعلى هذا الفرقُ بينَهما أن المعْنى في الأصلِ أنا تحقَّقْنا عدمَ الإقرارِ فجاز القضاءُ عليه، وفي مسألتِنا بخلافِه[2].

قال: وإذا حكَّم رجلانِ رجلًا يحْكُمُ بينَهما ورَضِيا بحكْمِه جاز إذا كان بصفةِ الحاكِم.

والأصلُ في جوازِ التحكيمِ قولُه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء: ٣٥]. وحكَّم النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سعدَ بنَ معاذٍ في بني قريظةَ، فلمَّا حكَم رَضِي بحكْمِه[3]، فهذا يدُلُّ على جوازِ التحكيمِ، وكان بين عمرَ وأُبيِّ بنِ كعبٍ منازعةٌ في شيءٍ فحكَّما بينَهما زيدَ بنَ ثابتٍ[4]، وحكَّم عثمانُ بنُ عفانَ وطلحةُ في خصومةٍ بينَهما جبيرَ بنَ مُطْعِمٍ فحكَم لعثمانَ[5].

وإنما قُلنا: إنه يَجِبُ أن يكونَ بصفةِ الحاكِم. فلأنه بمنزلةِ القاضِي[6] في

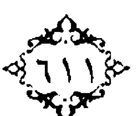
(١) ينظر: «التجريد» (١٢/ ٦٥٦١).   (٢) وتلك هي الرواية الثالثة.

(٣) أخرجه البخاري (٣٠٤٣، ٣٨٠٤، ٤١٢١، ٦٢٦٢)، ومسلم (١٧٦٨) من حديث أبي سعيد الخدري.

(٤) أخرجه ابن المنذر في «الأوسط» (٦٤٧٣، ٦٤٧٨)، والبيهقي (١٠/ ١٣٦، ١٤٤، ١٤٥).

(٥) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠)، والبيهقي (٥/ ٢٦٨).

(٦) في (ر، س، ظ، غ، ل، ي): «الحاكم».



حقِّهما، فاعْتُبِر صفةُ الحاكمِ كما يُعْتَبَرُ في الحاكمِ في حقِّ جميعِ الناسِ.

قال: ولا يَجوزُ تحكيمُ الكافرِ، والعبدِ، والذِّمِّيِّ، والمحدودِ في القذْفِ، والفاسِقِ، والصبيِّ.

وذلك لِما بيَّنَّا أنه بمنزلةِ الحاكمِ في حقِّهما، ومعلومٌ أن الحاكِمَ في حقِّ جميعِ الناسِ لا يَجوزُ أن يكونَ بهذه الصفةِ، كذلك الحاكمُ في حقِّهما.

قال: ولكلِّ واحدٍ مِن المُحكِّمَيْنِ أن يَرْجِعَ ما لم يَحْكُم عليهما.

وذلك لأن حكمَه موقوفٌ على رضاهما، فإذا رجَع أحدُهما قبْلَ تنفيذِ الحكْمِ فقد عُدِم الرضا فصار كعدمِه في الابتداءِ.

قال: فإذا حكَم لَزِمهما.

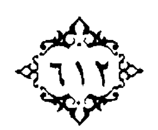
وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْهِ: لا يَجوزُ التحكيمُ، وإن حكَم لم يَلْزَم[1].

لنا: ما رُوي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز حكْمَ سعدِ بنِ معاذٍ على بَنِي قريظةَ»[2]، ولو جاز رجوعُ المحكومِ عليه بعْدَ الحكْمِ لم يَلْزَمْهم ذلك مع كراهتِهم أو كراهةِ بعضِهم، ولأن ما حكَم به وقَع بتراضِيهما فهو بمنزلةِ عقدٍ عقَداه بتراضِيهما فلَزِم، ولا يَجوزُ لأحدِهما الرجوعُ فيه.

فإن قيل: ما يَجوزُ للحاكِمِ فسْخُه وإبطالُه، مِن غيرِ أن يكونَ مخالِفًا للنصِّ أو الإجماعِ لا يَلْزَمُ أحدَ المتخاصِمَيْنِ، أصلُه حكْمُ الفاسِقِ.

(١) المعتمد في مذهب الشافعي جواز التحكيم بشروطه. ينظر: «الحاوي» (١٦/ ٣٢٥)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٥٨٢)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٢١).

(٢) تقدَّم تخريجه.



قيل له: هذا يَبْطُلُ به[1] إذا تعاقدا عقْدًا يَرَيَانِه جائزًا فليس لواحدٍ منهما الرجوعُ فيه، وإن كان للحاكمِ فسخُه إذا ترافعا إليه وهو يُخالِفُ رأْيَه، ولأن الحاكمَ إنما يَحْكُمُ بينَهما بتراضِيهما فلا ينفُذُ على غيرِهما إذا لم يكن لهما عليه وِلايةٌ، والمعْنى في الفاسِقِ أنه لا يَجوزُ أن يكونَ قاضيًا بتوليةِ الإمامِ، كذلك لا يَجوزُ أن يكونَ قاضيًا بينَهما بتراضيهما، وفي مسألتنا بخلافِه.

قال: وإذا رفَع حكْمَه إلى القاضِي فإن وافَق مذهبَه أمضاه، وإن خالَفه أبْطَله.

أما إذا وافَق فليس له إبطالُه؛ لأنه لو فسَخه لاحتاج أن يَبْتَدِئَ الحكْمَ بمثْلِه فلا معْنى لفسخِه، وإذا خالَفه فسَخه.

وقال الشافعيُّ، على القولِ الذي يقولُ يَجوزُ التحكيمُ ويَلْزَمُ: إنه ليس له فسْخُه كما لا يُفْسَخُ حكْمُ الحاكِمِ[2].

لنا: أنه حكْمٌ صدَر عن غيرِ ولايةِ الحكْمِ فلا يَلْزَمُ القاضِيَ إذا خالَف رأْيَه، أصلُه إذا كان (3)الحكْمُ عاميًّا(3)، ولأن الحكْمَ لَزِمهما بتراضِيهما فلا يَلْزَمُ ذلك الحاكمَ، وجاز له إبطالُه كالمفْتِي.

فإن قيل: مَن جاز له سماعُ البيِّنةِ لم يَجُزْ للحاكِمِ فسْخُ حكْمِه، أصلُه القاضِي.

قيل له: المعْنى في الأصلِ أن ولايتَه عامةٌ في حقِّ الجميعِ فنفَذ حكْمُه (4)في حقِّ الجميعِ، وفي مسألتِنا ولايتُه تَثبُتُ بتراضِيهما، فلم يثبُتْ ذلك في حقِّ غيرِهما(4).

---

(1) ليس في (أ، ش)، وفي (أ٢، ض، ي): «بما».

(2) ينظر: «كفاية النبيه» (١٨/ ٦٥)، و«النجم الوهاج» (١٠/ ١٥٧)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٢٣).

(٣-٣) في (ج): «الحكم عامًّا»، وفي (غ، ي): «الحكم علينا»، وفي (ل): «الحاكم عاميًّا».

(٤-٤) ليس في (غ).



قال: ولا يَجوزُ التحْكِيمُ في الحدودِ والقِصاصِ.

وقال أصحابُ الشافعيِّ، على القولِ الذي يَجوزُ فيه التحكيمُ في النكاحِ والقذْفِ واللِّعانِ والقِصاصِ وجْهانِ[1].

لنا: أنه مما يؤثِّرُ فيه الشبهةُ فجاز أن يكونَ نقصانُ ولايتِه شبهةً في المنْعِ مِن جوازِه كنقصانِ شهادةِ النساءِ، ولأن ثبوتَ الحكْمِ[2] يَقِفُ على تراضِيهما، والتراضِي لا يُعْتَبَرُ في وجوبِ الحدِّ والقِصاصِ فلم يَصِحَّ التحكيمُ.

فإن قيل: مَن جاز حكْمُه في الديونِ جاز حكْمُه في الحدودِ كالحاكمِ.

قيل له: لا يَمْتَنِعُ أن يختَصَّ نفوذُ حكْمِه بما سِوى الحدودِ والقِصاص كما اختصَّ شهادةُ النساءِ بذلك، والمعْنى في الأصلِ ما بيَّـنَّاه مِن أن ولايةَ الحاكمِ عامةٌ في حقِّ جميعِ الناسِ، فكذلك في جميعِ الأحكامِ، وهاهنا بخلافِه.

قال: وإن حكَّماه[3] في دمٍ خطأٍ فقضَى بالدِّيَةِ على العاقلةِ لم ينفُذْ حكْمُه.

لما بيَّنَّا أن حكْمَه إنما يَلْزَمُها بالتراضِي ويكونُ حكمًا في حقِّهما دُونَ غيرِهما ولم يُوجَدْ مِن العاقلةِ الرضا بحكْمِه فلم ينُفْذ حكْمُه عليها.

وقد قالوا: لو قضَى بالدِّيَة في مالِ القاتلِ، ثُمَّ رُفِع إلى القاضِي أَبْطَل حكْمَه؛ لأنه مالٌ يَلْزَمُ العاقلةَ وقد بيَّنَّا أن حكْمَ الحاكِمِ إذا رُفِع إلى القاضِي، فلم يُوافِقْ رأْيَه أَبْطَله فبطَل ما حكَم به، ويَلْزَمُ ذلك العاقلةَ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (١٦/ ٣٢٦)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٢١).

(٢) بعده في (أ، ح، ظ، ع): «من الحكم».

(٣) في (أ٢، ل): «حكمناه»، وفي (س، غ، ي): «حكمًا»



قال: ويَجوزُ أن يَسمَعَ البيِّنةَ ويَقْضِي بالنكولِ.

وذلك لأنا إذا جعَلْنا له الحكْمَ بينَهما كان له ذلك إذ ليس الحكْمُ غيرَ ذلك، وقد دلَّ على جوازِ ذلك أيضًا: «أن زيدَ بنَ ثابتٍ حكَم باليمينِ على عمرَ حينَ حاكَمه إليه أُبيُّ بنُ كعبٍ، ثُمَّ قال لأُبيٍّ: تُعْفِي أميرَ المؤمنين مِن اليمينِ. فأنكَر ذلك عمرُ وقال: هذا مِن جَورِكَ»[1].

قال: وحكْمُ الحاكمِ لأبَوَيْه، وولدِه، وزوجتِه باطِلٌ.

وذلك لأن القضاءَ أعمُّ مِن الشهادةِ، وقد بيَّنَّا أن شهادةَ الإنسانِ لهؤلاءِ لا تَصِحُّ فالقضاءُ أَوْلى.

وقد قال أصحابُنا: لا ينبغي أن يُولَّى القضاءُ إلا الموثوقُ في عفافِه، وعقْلِه، وصلاحِه، وفهْمِه، وعِلْمِه بالسنةِ والآثارِ، ووجوهِ الفقهِ[2]، لِما بيَّنَّا: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين أراد أن يَبْعَثَ مُعاذًا إلى اليمنِ سأله عن وجوهِ القضاءِ وسيْرِ أحوالِه فيها»[3].

وقد قالوا: لا يُولَّى صاحبُ رأيٍ ليس له عِلْمٌ بالفقهِ؛ لأن القولَ بالرأْيِ والاجتهادِ لا يَصِحُّ إلا في الفروعِ، فإذا لم يَعْرِفِ النصوصَ والسننَ جاز أن يَسْتَعْمِلَ الرأْيَ والاجتهادَ في غيرِ موضِعه.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٦٠)، و«المبسوط» (١٦/ ١٠٩)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٧٦).

(٣) تقدَّم تخريجه.



وكذلك مَن عرَف الحديثَ ولم يَعْرِفِ الفقهَ لا يَجوزُ له القضاءُ ولا الفتوى؛ لأن في الحديثِ (١ناسخ ومنسوخ، وعامٌ وخاصٌّ١) فلا يأْمَنُ أن يَضَعَ ذلك في غيرِ موضِعه، وقد دلَّ على ذلك قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رَحِمَ اللَّهُ امْرَأً سَمِعَ مَقَالَتِي فَوَعَاهَا، ثُمَّ أَدَّاها إلى مَن لم يَسْمَعْهَا، فَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ غَيْرِ فَقِيهٍ»(٢). فأخبر صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قد يَحْفَظُ الفِقْهَ مَن ليس بفقيهٍ وهو ممن لا يَعْرِفُ معناه.

ولا يُفْتِي أيضًا لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللَّهَ تعالى لَا يَقْبِضُ العِلْمَ انْتِزاعًا يَنْتَزِعُه(٣) مِن النَّاسِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ العُلَماءَ حَتَّى إِذَا لَمْ يَبْقَ عَالِمٌ اتَّخَذَ النَّاسُ رُؤُوسًا جُهَّالًا فَسُئِلُوا(٤) فأفتوا بِغَيْرِ عِلْمٍ فَضَلُّوا وَأَضَلُّوا»(٥).

وقد قال أبو حنيفةَ: ما عَلِمه القاضِي قبْلَ القضاءِ لا يَحْكُمُ به(٦).

(١-١) في (ر، ض): «ناسخًا ومنسوخًا وعامًّا وخاصًّا».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٦٠)، والترمذي (٢٦٥٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨١٦)، وابن ماجه (٢٣٠) من حديث زيد بن ثابت؛ بلفظ: «نضر اللَّه امرأ....». قال الترمذي: «حديث حسن».

(٣) في (ح، ل، ي): «ينزعه»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٤) ليس في (غ)، وفي (ح، ض): «فيسألوا»، ورسمت بالوجهين في (ي).

(٥) أخرجه البخاري (١٠٠)، ومسلم (٢٦٧٣) من حديث عبد اللَّه بن عمرو بن العاص.

(٦) قال في حاشية (ح): «يقضي القاضي بعلمه بثلاثة شروط: أن يكون في حقوق العباد الخالصة كالأموال والقصاص وحد القذف، ولا يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة للَّه تعالى كحد الزنى والسرقة؛ لأنه خصم فيها؛ لأنها حق اللَّه تعالى، والقاضي نائب عن اللَّه تعالى، وأن يكون علم ذلك في زمان ولايته ومحل ولايته. الأول شرط بالاتفاق، والأخيران ليسا بشرط عند الأخيرين».

وقال أبو يوسفَ: يَحْكُمُ به[1]، وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه تَحمَّلَ[3] شهادةً[4] بدليلِ أنه لا يَجوزُ له أن يَحْكُمَ به عَقِيبَ عِلْمِه فلا يَجوزُ أن يَقْضِيَ بعْدَ ذلك كالشهادةِ على الشهادةِ، ولأنه يَلْحَقُه فيه تُهمةٌ فلا ينفُذُ كما لا تَنفُذُ شهادتُه لنفسِه.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المقصودَ مِن إقامةِ البيِّنةِ عِلْمُ القاضِي، ومعلومٌ أن بالشهادةِ تَحْصُلُ له[5] غلبةُ الظنِّ، ويَجوزُ له الحكْمُ بها فمع العِلْمِ أَوْلى.

قيل له: سماعُ البيِّنةِ لمَّا جاز له الحكْمُ بها جاز له عَقِيبَ سماعِها، فلو جاز له هنا أن يَحْكُمَ بعِلْمِه جاز أن يَحْكُمَ عَقِيبَ ذلك، فلمَّا لم يَجُزْ دلَّ[6] أنه بمنزلةِ التحمُّلِ للشهادةِ.

وأما ما عَلِمَه في حالِ القضاءِ فله أن يَحْكُمَ به عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وزفرَ إلا في الحدودِ والقِصاصِ، وكان قولُ محمدٍ مثلَ ذلك، ثُمَّ رجَع فقال لا ينفُذُ حكْمُه[7]، وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ[8].

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٥٤)، و«المبسوط» (١٦/ ١٠٥)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٧١).

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ٣٩٩)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٤٢)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٥٦).

(٣) في (ر، ش، ل): «يحمل»، ورسمت بغير نقط في (س، ض، ي).

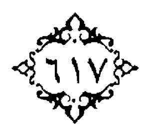
(٤) في (أ، ر): «الشهادة»، وفي (أ٢): «شهادته»، وفي (ل): «للشهادة».

(٥) ليس في (أ، أ٢، ش، ظ، ع).

(٦) بعده في (ض): «على».

(٧) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٧)، والمحيط البرهاني (٨/ ٤٧).

(٨) ينظر: «المهذب» (٣/ ٤٠٠)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٥٦).



وجْهُ قولِهم: أنه لو لم يُقْبَلْ قولُه لم يَجُزْ الاقتصارُ على قاضٍ واحدٍ، ألا تَرى أن أحدَ الخصْمَيْنِ يُقِرُّ عندَه، ثُمَّ يَجْحَدُ، فلو لم يُقْبَلْ قولُه احتاجَ إلى قاضٍ آخَرَ يَشْهَدُ عندَه، فلمَّا اقْتَصَرُوا على قاضٍ واحدٍ دلَّ على جوازِ قبولِ قولِه كما يقبلُ في مذهبِ نفْسِه.

فإن قيل: إن هذا لا يُعْلَمُ إلا مِن جهتِه فلا يَصِحُّ الحكْمُ به كما لا يَصِحُّ في الحدودِ.

قيل له: قولُه يُقْبَلُ في التعديلِ وإن كان لا يُعْرَفُ مِن جهةِ غيرِه كذلك هذا، وهذا هو القياسُ في الحدودِ إلا أنهم تركوا القياسَ لِما رُوِي عن أبي بكرٍ الصديقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لو وجدْتُ رجلًا على حدٍّ مِن حدودِ اللَّهِ تعالى لم أَحُدَّه حتى يَكونَ مَعِيَ غيري شاهِدًا»[1]. وكذلك رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[2].

وقد قال أبو حنيفةَ: إن حُكْمَ الحاكِمِ في الباطنِ كَهُو في الظاهرِ في تنفيذِ العقودِ وفسْخِها.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا ينفُذُ إلا أن يُصادِفَ حقيقةَ الأمرِ في الباطِنِ[3]، وبه قال الشافعيُّ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ أبي بكرةَ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَا يُقْضَى

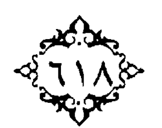
---

(١) أخرجه ابن المنذر (٩١٤١)، والبيهقي (١٠/ ١٤٤).

(٢) في (ل): «علي». والأثر علقه البخاري (٩/ ٦٩)، ووصله عبد الرزاق (١٥٤٥٦)، وابن المنذر (٩١٣٩)، والبيهقي (١٠/ ١٤٤). قال البيهقي: «وهذه الآثار منقطعة».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٦/ ١٨٠)، و«المحيط البرهاني» (٨/ ٥٤٦)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٩٠).

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤١٢)، و«الحاوي» (١٧/ ١٠)، و«بحر المذهب» (١٤/ ١٢١).



فِي الشيءِ الواحدِ بقضاءَيْنِ»(١). وهذا يَقْتَضِي أنه إذا حكَم بصحةِ عقدٍ بشهادةِ شاهِدَيْنِ، ثُمَّ تبيَّن أنهما فاسقانِ أو كاذِبانِ ألا(٢) يَجوزَ له فسخُه.

ولما رُوِي: «أن رجلًا ادَّعى نكاحًا على امرأةٍ عندَ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فجحَدَتْه، فأقام على ذلك شاهِدَيْنِ مِن العشيرةِ فقضَى عليها بذلك، فقالتِ المرأةُ: زوِّجْني منه يا أميرَ المؤمنينَ فإني لستُ بزوجةٍ له. فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: شاهِداكِ زوَّجاكِ»(٣).

وهذا حكْمٌ في البُضْعِ، والاحتياطُ يُعْتبَرُ فيه أكثَرَ مما يُعْتبَرُ في غيرِه، ولا كُلْفةَ عليه أن يقولَ: زوَّجتُكها. فلمَّا لم يَفْعَلْ دلَّ على أن العقدَ قد انْعقَد وثبَت حكْمُه في الباطنِ، ولأن حكْمَه قد نفَذ في الظاهرِ، فوجَب أن ينفُذَ في الباطنِ إذا لم يتبيَّن خلافُه بأمرٍ يثبُتُ مِن طريقِ الحكمِ، أصلُه إذا صادَف الحقيقةَ.

ولا يَلْزَمُ إذا تبيَّن أن الشاهدينِ كانا عبدَيْنِ أو كافِرَيْنِ؛ لأنا قلنا: إذا لم يتبيَّنْ خلافُه بأَمْرٍ يثبُتُ مِن طريقِ الحكْمِ. والرِّقُّ والكفْرُ يثبُتُ مِن طريقِ الحكْمِ، ولأن القاضِيَ قضَى بالفرقةِ في موضعٍ جُعِلتْ له فيه ولايةٌ، فإذا تبيَّن الكذبُ بعْدَ ذلك في سببِها لم يُفْسَخْ حكْمُه، أصلُه إذا حكَم بالفرقةِ في اللِّعانِ، ثُمَّ أَكْذَب الزوجُ نفْسَه.

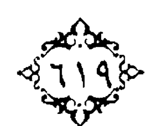
فإن قيل: حكْمُه لم يُصادِفِ الحقيقةَ في الباطنِ فلم ينفُذْ، أصلُه الحكْمُ بنكاحِ ذواتِ المحارِمِ.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (غ، ي): «أنه لا».

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» (١٧/ ١١، ١٤). وقال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» (١٣/ ١٧٦): «لم يثبت عن عليٍّ».



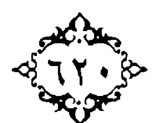
قيل له: المعْنى في الأصلِ أنه لم يُجْعَلْ للقاضِي ولايةٌ فيه، فلذلك لم ينفُذْ قضاؤُه في الباطنِ، وفي مسألتِنا قد جُعِل للقاضِي ولايةٌ في ابتداءِ هذا العقدِ، ألا تَرى أن له أن يُزَوِّجَ الصغيرةَ والمجنونةَ، وإذا شَهِد الشهودُ به[1] تَثبُتُ الولايةُ في الحكْمِ به[2]، فصادَف حكْمُه موضعًا له فيه ولايةٌ فنفَذ ظاهرًا وباطنًا.

فإن قاسُوا على القضاءِ بالأموالِ، قُلنا: الأموالُ لم يُجْعَلْ للقاضِي ولايةٌ في نقْلِها مِن شخصٍ إلى شخصٍ، فلذلك لم ينفُذْ قضاؤُه فيها باطنًا، والعقودُ قد جُعِل له فيها ولايةٌ في ابتدائِها وفي فسْخِها، فجاز أن ينفُذَ حكْمُه ظاهرًا وباطنًا.

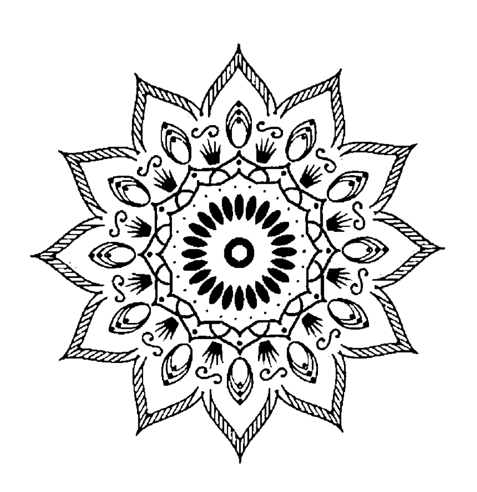
والله أعلم

(١) ليس في (ح، ظ).

(٢) ليس في (أ٢، س، ش، ظ).



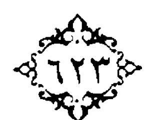
فِهْرِسُ المَسَائِلِ الفِقْهِيَّةِ

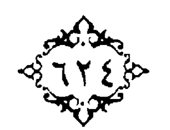


فهرس المسائل الفقهية

المسألة | الصفحة

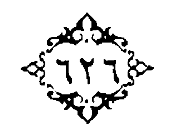
كتاب الجنايات

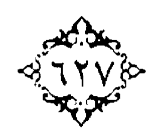




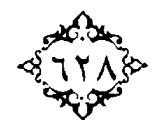
كتاب الديات





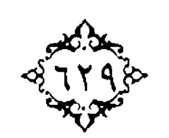


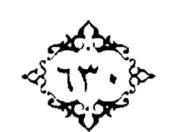
كتاب القسامة



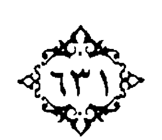
كتاب المعاقل

كتاب الحدود

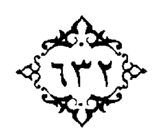




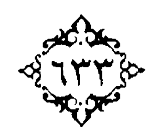
باب حد الشرب

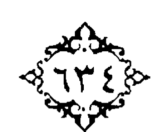


باب حد القذف



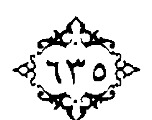
كتاب السرقة وقطع الطريق



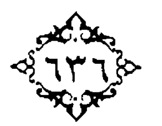


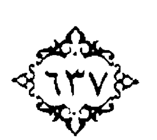
فصل: قاطع الطريق

كتاب الأشربة

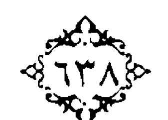


كتاب الصيد والذبائح



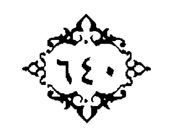


كتاب الأضحية

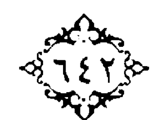


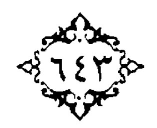
كتاب الأيمان





كتاب الدعوى





فصل

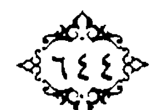
فصل

فصل

فصل

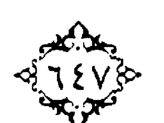
فصل

فصل

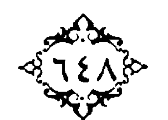


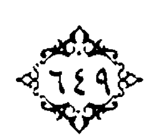
كتاب الشهادات

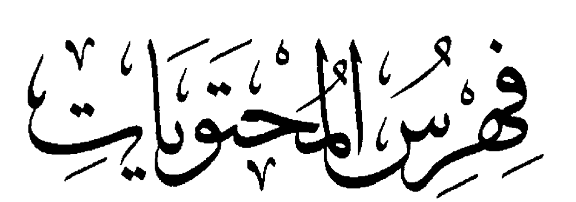
كتاب الرجوع عن الشهادات

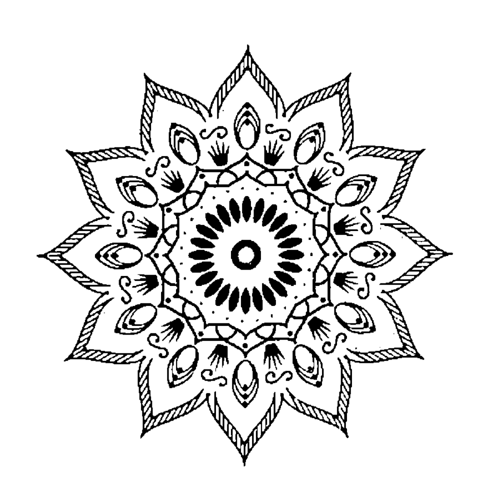


كتاب أدب القاضي



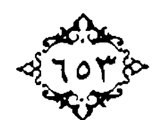



فهرس المحتويات



فهرس المحتويات

الموضوع | الصفحة




تم بحمد الله